

**LA RESPONSABILIDAD EN LA NORMA JURÍDICA PRIVATÍSTICA  
A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO  
DE OBLIGACIONES Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
(AQUILIANA O EXTRA CONTRACTUAL)**

**RÓMULO MORALES HERNÁNDEZ**

Abogado por la Universidad de Lima,  
Magister por la Universidad di Roma "Tor Vergata",  
Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Universidad de Lima, Universidad de Para y en la Universidad Particular de Chiclayo.

**SUMARIO:**

I. Introducción.- II. La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual) desde una concepción normativa.- III. Funciones de la responsabilidad en la norma jurídica privatística.- IV. Un ejemplo de la inaplicabilidad de la unificación de la responsabilidad en la norma jurídica privatística: la relación de causalidad.- V. Conclusiones.

**I. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo constituye una objeción al planteamiento de un mayoritario sector doctrinario del Derecho Civil argentino para unificar los mal denominados regímenes contractual y extracontractual.

En la Exposición de Motivos del Proyecto argentino de Código Civil (en adelante, el Código Civil), unificado con el Código de Comercio de 1998, se indica que las Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990) recomendaron establecer una única regla de atribución de daños con base en la idea de una relación de causalidad adecuada, y unificar los plazos de prescripción liberatoria. Por eso, el Proyecto de Código Único de 1987, y los dos proyectos de reformas de 1993, propusieron ajustar el Código Civil argentino a esa corriente doctrinaria.

Por ejemplo, el proyecto fija un plazo ordinario de prescripción extintiva de cuatro años para responder a la pretendida "unificación del régimen de la responsabilidad civil", la que quedaría seriamente perturbada para los promotores argentinos del proyecto, de subsistir plazos distintos, según la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño.

Un sector de la doctrina peruana<sup>1</sup> ha propuesto la unificación de la responsabilidad<sup>2</sup> regulada en el Código Civil. Esta posición, aparentemente, habría tenido una influencia en la jurisprudencia peruana.

<sup>1</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Segunda Edición, Gaceta Jurídica S.A., Miraflores, 2003, p. 54. "No importa el origen del daño, sino como relacionar sus consecuencias. No importa el agente externo, sino el dolo del Actuarialista, con satisfacción, puedo comprobar que esta es la esencia de la doctrina nacional más aceptada". Y cita a los autores siguientes: ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, *Daños y sanciones del Código Civil*, Tomo II, Sevilham, Lima, 1991, p. 173; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Un Nuevo modo de fare Danno*, traducción bajo la dirección de CABELLA RISU y ESPINOZA ESPINOZA, En: *V Direito da Nova Maná*, CEDAM, Padova, 1994, p. 270; FERNÁNDEZ CRUZ-Garón, *Las subjetivas dogmáticas de la responsabilidad contractual: la división de acciones y la prescripción*, En: *Sociedad*, Año 1, No. 2, (INDE), Arequipa, 1996, p. 74; SEMINARIO STULIPA, Eduardo, *Responsabilidad civil*, breves canónicas acerca de la propuesta de reforma, en *Diez Años. Código Civil Peruano*, Tomo II, Universidad de Lima, WG Editores, 1995, p. 333; y VEGA HERR, Yari, *La reforma de la responsabilidad civil en el Derecho Peruano. El Proyecto de Código Civil Argentino como fuente insalvable de consulta*, En: *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año 1, No. 6, La Ley, Buenos Aires, 1999, pp. 2-3.

Se ha expresado que la responsabilidad civil constituye un sistema unitario porque la responsabilidad civil contractual y extracontractual tienen como "casus denominante la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar", y por eso "ambas responsabilidades tienen una estructura común, con elementos de hecho que justifican una diferente regulación legal". TABOADA CORDOVA, Lizario, *Elementos de la responsabilidad civil. Coexistencia de las normas de hecho por el Código Civil o la responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Segunda edición, Editora Jurídica Grúpej, Lima, 2003, pp. 31 y 38.

<sup>2</sup> La responsabilidad regulada en el Código Civil es coarsivamente denominada responsabilidad civil, pero en realidad preferimos usar la expresión responsabilidad civil o responsabilidad aquiliana cuando nos referimos a la responsabilidad extracontractual. El contrato se es el criterio para diferenciar ambos tipos de responsabilidades. Uno puede ser responsable por el incumplimiento

En la Resolución del 18 de mayo de 2000, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación No. 344-00-Lima) se indica lo siguiente:

*Cuarto.- Que, concretamente en el caso de autos, de la exposición de los hechos que motivan la demanda se advierte, como se ha dicho, una zona gris o indefinida en la medida que existen hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual como en la extracontractual y es aquí donde surge el problema procesal que puede definirse con el criterio siguiente: que es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro (obra citada<sup>4</sup>), eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado, queda clara por tanto, que sobre esta proposición el juez califica jurídicamente los hechos, a menos que el demandado al contestar la demanda cuestione la calificación de la acción, promoviendo un debate jurídico sobre el particular lo que ha sucedido en el presente caso solo con relación a la demandada Compañía de Seguros y Reaseguros, más no así, respecto de la demandada Ultra Grifos Sociedad Anónima (...).<sup>5</sup>*

El cúmulo de responsabilidades no daba ser una justificación para defender la unificación de las reglas de las responsabilidades, como parece entender un sector de la doctrina nacional.<sup>6</sup>

Concordamos cuando se dice que un "verdadero problema de cúmulo nace solamente si los remedios son operacionalmente distinguibles, de modo que uno resulta mejor que el otro para la víctima del daño en algún aspecto. El cúmulo es requerido solo si el damnificado puede ganar algo con su concesión; y su concesión se traduce siempre en un mejoramiento de la posición del damnificado y, viceversa, en un empeoramiento de la situación del dañador".<sup>7</sup> No hay que olvidar que el concurso de dos especies de responsabilidad "no significa acumular dos resarcimientos, sino tener a disposición dos modos alternativos para obtener la reparación".<sup>8</sup>

de una promesa unilateral y no por el hecho de estar vinculada por un contrato. Por eso, tampoco es correcto usar la expresión responsabilidad contractual. Es preferible referirse a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

<sup>4</sup> Doctrina creada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República: CABANILLAS MUJICA, Santiago y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces Sociedad Anónima, Madrid.

<sup>5</sup> Los considerandos primero y segundo constituyen el sustento del considerando cuarto.

<sup>6</sup> Quinto.- Que, la demanda se sustenta en normas legales que amparan el derecho a una indemnización por responsabilidad extracontractual, advirtiéndose que frente a un plomaviento la Empresa Línea Grifos Sociedad Anónima, se le fincó a asegurar que lo pague en consecuencia de la Compañía de Seguros y Reaseguros El Sol - hay Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros - los hechos objeto de la demanda, alzada haber celebrado con esta un contrato de seguro cuyo pólice cubre contingencias de daños en vehículos de propiedad de terceros, consistentes finalmente en el evento indemnizatorio fincó, por lo tanto, en tanto que su cotratante es la Compañía de Seguros y Reaseguros El Sol, recae la acción, por considerar que las obligaciones asumidas como aseguradores solo cubre daños por responsabilidad extracontractual y no contractual como resulta, según refiere, de los contenidos de la demanda, invocando la presente en el artículo 1361 del Código Civil.

<sup>7</sup> Segundo.- Que, en el caso que se trata sobre prestación de servicios como el de autos, existe una zona intermedia en que ambas tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además "la violación del deber genérico de no causar daño a otro", lo que según la doctrina ingresa en la esfera de la relación extracontractual.

<sup>8</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Doreto de la responsabilidad civil. Op. Cit., pp. 39-40: "En conclusión, se puede afirmar que, cuando desde de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que extingue los derechos y demás adherencias a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extracontractual, el autor afectado tiene el derecho de optar por la responsabilidad establecida en ejecución de las obligaciones o de aquella derivada de materia de responsabilidad extracontractual".

<sup>9</sup> MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile. Le fonti delle obbligazioni*, V. I. En: Trattato di Diritto Civile, Diritto da Rodolfo Sacco, Unione Tipografico-Editrice Triestina, Turin, 1998, p. 690. En el mismo sentido: LEÓN, Lejander L., *Responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)*. En: *La responsabilidad civil. Única Jurisprudencial y nuevas perspectivas*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 22: "lo que no se puede dejar de destacar es que el cúmulo solo es compatible con el presupuesto de la presente ley de remedios alternos para ambas especies de male que a la víctima le resulte más ventajoso poner en acción uno u otro tipo de acción".

<sup>10</sup> ZATTI, Paolo, *Fatti illeciti e responsabilità*. En: *Linguaggio e regole del diritto privato. Nuova rassegna per i corsi universitari*. Quinta edición, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003, p. 458. ZATTI, Paolo en *Fatti illeciti e responsabilità in L'incanto di diritto privato*. Nuova edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani S.p.A., Padova, 2003, p. 664.

La Resolución del 27 de mayo de 1998, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Casación No. 1125-95-Arequipa), se adhiere a la posición unificadora al considerar que la existencia del daño moral en ambos regímenes justifica "una ontología común":

*"Quinto - Que, en nuestro sistema de responsabilidad civil, la reparación del daño moral debe abarcar el proveniente del incumplimiento de cualquier obligación, siendo así el interés del reclamante puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter pecuniario de la prestación, ya que la Ley protege no solamente los intereses patrimoniales sino también los de naturaleza extrapatrimonial, sea que se cause perjuicios económicos o no. Sexto - Que la recurrida no ha desvirtuado fácticamente las conclusiones de la sentencia apelada que declaró fundada la reconvenición respecto al extremo del daño moral, limitándose a hacer la precitada apreciación conceptual, de la cual ya se ha concluido como equívoca, quedando por tanto subsistente la apreciación de hecho realizada por la apelada al precisar que al privarse de un momento a otro al demandado de su régimen pensionario que le fue reconocido se ha perjudicado su derecho pensionario del cual dependía así como su familia (...). Octavo - Que si bien el artículo 1322 del Código Sustantivo constituye una norma aplicable en el campo de responsabilidad contractual, es oportuno mencionar que el daño moral es una institución que subyace en la esencia de la responsabilidad civil en general, sea contractual o extracontractual, ya que ostenta una ontología común a ambos regímenes citados, por lo que en el marco de la unificación de los mismos, la norma es válidamente aplicable al caso de autos".*

Es cierto que el daño moral está regulado en ambos regímenes de responsabilidades, pero esta normatividad no puede ser un argumento para fundamentar la unificación de las reglas de las responsabilidades. En sentido opuesto, podríamos expresar sobre la relación de causalidad en el entendido que tiene una regulación diferente, como lo analizaremos ulteriormente.

Un sector de la doctrina italiana ha sistematizado las nuevas y antiguas funciones de la responsabilidad bajo dos puntos de vista:

*"El enfoque macrosistemático permite identificar la función de la responsabilidad civil en el modelo económico que se tome como referencia: según el modelo económico liberal, que ha sido sucedido por un modelo solidarista. El enfoque microsistemático permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura, en relación con las específicas categorías de hechos ilícitos. En esta última perspectiva, se intenta apreciar el papel desempeñado por el criterio de imputación para abarcar la fijación de la responsabilidad civil, incluso respecto del interés mercedario de tutelado, en la fórmula del daño injusto".<sup>8</sup>*

Se ubica a la responsabilidad en el ámbito de la circulación de la riqueza y aquí se propone una concentración en el damnificado en lugar del dañador: *"En el ámbito contractual, la tutela especial que se reserva para el tercero de buena fe, ha sido dispuesta para la realización de una circulación más plena de la riqueza; y en el ámbito extracontractual, la tutela del damnificado satisface la misma exigencia".<sup>9</sup>*

En base a este marco teórico se ha propuesto una nueva lectura de las funciones de la responsabilidad civil:<sup>10</sup>

<sup>8</sup> FRANZONI, Massimo, *La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones*. En: *Estudios de la Responsabilidad Civil*, traducción y edición a cargo de Leyser L. León, ARA Editores, Lima, 2001, p. 196.

<sup>9</sup> FRANZONI, Op. Cit., p. 222.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica autista (Análisis de las funciones de activación o desactivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law)*. En: *Estudios de la Responsabilidad Civil*, traducción y edición a cargo de Leyser L. León, ARA Editores, Lima, 2001, p. 278.

"Desde una perspectiva diádica o microsistémica, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, una triple función:

- Satisfactoria, como garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando este se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés.
- De equivalencia, que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde 'alguien' deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o si, por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto.
- Distributiva, presente solo cuando el daño ha afectado un interés tutelado, cuyo función consistió —como su propio nombre lo indica— en distribuir entre determinadas sujetos el costo de su actividad, induciendo de esta manera a una regulación espontánea acorde con los lineamientos macroeconómicos perseguidos. De esta manera, esta función servirá para la aplicación de los justificativos técnicos del trasaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, a través de los denominados "factores atributivos de responsabilidad".

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

- Una función de incentivación o desincentivación de actividades; y
- Una función preventiva<sup>10</sup>.

Estas perspectivas diádica y sistémica difieren del planteamiento del marco teórico original. En efecto, "en una perspectiva macrosistémica, el propósito preventivo o represivo, aunque presente, sólo puede tener más un papel accesorio, respecto de la finalidad de restablecer el patrimonio del damnificado".<sup>11</sup> Esto es más claro cuando se dice que desde "el punto de vista sistemático, la responsabilidad civil, antes que ser considerada por su función reparatoria, punitiva, preventiva, etc., constituye una institución cuya aplicación precede al desplazamiento patrimonial desde un sujeto hacia otro, al verificarse un hecho dañoso".<sup>12</sup> Nótese que para el otro sector doctrinario la función satisfactoria es relevante desde una perspectiva microsistémica.

La diferencia es más evidente cuando se determina que las funciones predominantes de la responsabilidad son la finalidad solidarístico-compensatoria en los daños patrimoniales, en las responsabilidades objetivas, en el daño biológico y en el daño a la salud; y la finalidad punitiva en los daños extrapatrimoniales, en los hechos ilícitos dolosos, en los hechos debidos a culpa grave y en los hechos omisivos.<sup>13</sup>

Dentro de esta perspectiva unificadora, un sector de la doctrina nacional ha establecido que "las funciones satisfactoria, de equivalencia y distributiva, son tres maneras de ver una misma función: así, si se quiere satisfacer a la víctima, la reparación será (en la medida que ella sea posible) equivalente al daño causado, la cual originará una (re)distribución de los costos del mismo. Desde mi punto de vista, las funciones de la responsabilidad civil tienen que ser vistas a partir de sus protagonistas:

- a) Con respecto a la víctima es satisfactoria.
- b) Con respecto al agresor es sancionadora.
- c) Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d) Con respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados".<sup>14</sup>

<sup>10</sup> FRANZONI, Op. Cit., p. 206.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>12</sup> FRANZONI, Op. Cit., pp. 225-227.

<sup>13</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., pp. 39-40.

Estos planteamientos tienen la indudable pretensión de promover la unificación de la responsabilidad en el Código Civil. Nosotros estamos convencidos que este planteamiento omite constatar que el incumplimiento de las obligaciones y el hecho o el acto ilícitos son hechos que tienen diferentes efectos y, por lo tanto, las normas jurídicas que las regulan son distintas: *"La distinción tiene gran importancia: no solamente porque muy diversas son las razones de la antijuricidad en una y en la otra forma de ilícito, sino también por su diversa disciplina concreta"*.<sup>10</sup>

## II. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL (AQUILIANA O EXTRA CONTRACTUAL) DESDE UNA CONCEPCIÓN NORMATIVA

Desde un punto de vista de la Teoría General del Derecho, el ordenamiento jurídico es un *"conjunto de normas, de actos jurídicos, de posiciones subjetivas, y de conexiones entre ellos: en abstracto y en concreto"*.<sup>11</sup> Este concepto sirve al jurista como *"ámbito de referencia, así como límite externo y ámbito interno de todas las otras conexiones de normas, de posiciones, de actos jurídicos, en abstracto y en concreto"*.<sup>12</sup>

Este concepto de ordenamiento jurídico es muy importante porque nos ayuda a entender que el ordenamiento jurídico no solamente es un conjunto de normas, sino algo más. Ese algo más es la realidad de los hechos y de las posiciones concretas que son consecuencias de los hechos. Así, la *"realidad jurídica que resulta del sistema de las normas destinadas a regular hechos y relaciones de la vida social, cuya existencia (esencia estática) contiene de por sí las razones y los elementos de un continuo devenir (esencia dinámica)"*.<sup>13</sup>

¿Cuándo una norma es jurídica? La juridicidad de la norma consiste en ser vinculante y exclusiva: *"vinculante en el sentido que la conducta concreta debe -guste o no- conformarse a la regla que la norma consiste; exclusiva, en el sentido que ella prevalece sobre eventuales otras reglas"*.<sup>14</sup>

La norma jurídica es una proposición prescriptiva. La proposición es *"un grupo de palabras que tienen un significado en conjunto"*.<sup>15</sup> La proposición es prescriptiva por la función que cumple: *"La función prescriptiva, propia del lenguaje normativo, que aconsejando, mandando, advirtiendo, influye en el comportamiento ajeno y tiene el fin de hacer que se haga algo"*.<sup>16</sup> Por eso, la norma jurídica contiene prescripciones porque usa el lenguaje prescriptivo o directivo *"que tiene la función de 'hacer que se haga', de ejercitar una influencia, sin poder ser ni verdadera ni falsa; se trata, es decir, de enunciados no verificables ni lógicamente ni empíricamente"*.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> TRABUCCI, Alberto, *Introduzione al diritto civile. Quarantasei anni insieme*, A cura di Giuseppe Trabucchi, Casa Editrice Dott. Antonio Milne S.p.A., Padova, 2004, pp. 909-910.

<sup>11</sup> FAZZALARI Elio, *Ordinamento giuridico*, terza edizione in *Enciclopedia giuridica*, Istituto de la Enciclopedia Italiana, Fondazione Giovanni Treves S.p.A., Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1996, Volume XXI (Fiume-Ordinamento), p. 8.

<sup>12</sup> FAZZALARI, Op. Cit., p. 8.

<sup>13</sup> SCOGNAMIGLIO Renato, *Introduzione*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto de la Enciclopedia Italiana, Fondazione Giovanni Treves S.p.A., Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, Volume XIV (Fiume-Garanzia), p. 4.

<sup>14</sup> FAZZALARI, Op. Cit., p. 1.

<sup>15</sup> IRTI, Natalia, *Introduzione al estudio del derecho privado*, Traducción y notas de Romulo Morales Heróles y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la cuarta impresión de la cuarta edición (1990) italiana, Editora Jurídica Gryph, Lima, 2003, p. 52.

<sup>16</sup> IRTI, Op. Cit., p. 53.

<sup>17</sup> MODUGNO, Franco, *Appunti per uno corso generale del diritto*, Con il contributo di Alfredo Colletti, Baskin D' Alessio e Milano, Lucarini G. Giappichelli Editore, Turin, 2000, p. 15.

Además, la norma jurídica es un juicio hipotético "que liga determinados efectos a la realización de un hecho. El esquema lógico en el que se resuelve toda especie de norma es como sigue: si A, entonces B".<sup>23</sup> La norma "como juicio de valoración o calificación, es reducible a la forma de juicio hipotético: si A, entonces B; donde A es el objeto o el hecho calificado - la fattispecie (hipótesis de hecho o hecho jurídico hipotético), y B su calificación, en el sentido de la consecuencia o del efecto jurídicamente de ella derivado o a ella conectada".<sup>24</sup> Pero también hay que anotar que "la teoría de la norma como juicio hipotético se encuentra -en las páginas de modernos autores en el campo del Derecho- vinculada o identificada con la teoría de la norma como juicio valorativo[...]"<sup>25</sup> La norma jurídica como juicio valorativo confiere tuteladas jurídicas sustanciales o remedios jurídicos. Pensamos que aquí entra en consideración los mecanismos de protección o los remedios que el ordenamiento jurídico otorga. Estos remedios jurídicos son los "medios sustitutivos de otros medios primarios por la satisfacción de los intereses protegidos por el derecho".<sup>26</sup>

Propiamente, hay dos formas diversas de juridicidad: "La primera, el hecho jurídico, consistente en un acaecimiento, cuya juridicidad se expresa en términos de relevancia; la segunda, la situación efectiva (effettuale), consistente principalmente o exclusivamente (el punto será aclarado inmediatamente) en intereses, cuya juridicidad se expresa, en una relación de eficacia normativa, como reconocimiento y tutela".<sup>27</sup>

Para "el problema de la relevancia no puede separarse de aquel de la eficacia".<sup>28</sup> En efecto, si consideramos que el ordenamiento jurídico está compuesto de normas, hechos, posiciones y sus vinculaciones; es lógico suponer que los hechos jurídicos relevantes normalmente serán hechos jurídicos eficaces. No cabe concebirlas autónomamente sin vincular la relevancia jurídica de los hechos con la eficacia jurídica de los mismos.

Si la norma está compuesta de hechos y de efectos, debemos distinguir con claridad aquellos hechos y efectos fuera de la norma o extra ordinem. Nos referimos a la realidad de los hechos y de los efectos diferentes a los previstos como hechos o como efectos hipotéticos u abstractos.

Para entender lo expresado nos valdremos de un ejemplo. En la Casación No. 2731-2002-Lima, de 4 de junio de 2004, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República aplicó el artículo 1970<sup>29</sup> del Código Civil, para determinar la responsabilidad objetiva del dañador. El señor Dionicio Walter Angeles Rivera interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios persiguiendo el pago solidario de US\$ 100.000,00 por parte de los emplazados Hugo Henry Tenorio Boero y Laboratorios Roemmers Sociedad Anónima. Su pretensión tiene como basamento el perjuicio sufrido como consecuencia del accidente acaecido el 14 de setiembre de 1997 (choque vehicular), el cual se afirma que tuvo como factor predominante que el demandado Tenorio invadiera, con el vehículo Daihatsu Charade, el carril en que circulaba su persona con su automóvil Toyota Corona, constituyendo factores de responsabilidad por los que emplaza a la empresa de Laboratorios al ser empleadora del señor Tenorio y propietaria del vehículo causante del siniestro. A su vez, emplaza a la empleadora, conforme con el artículo 181 del Decreto Legislativo 420,

<sup>23</sup> IRTI, Op. Cit., pp. 38-39.

<sup>24</sup> MODUGNO, Op. Cit., p. 23.

<sup>25</sup> IRTI, Op. Cit., p. 42.

<sup>26</sup> TALZEA, Angelo *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*. Primera parte. Cuarto edición revisada. Dita, A. Giuffrè, S.p.A., Milán, 1992, p. 459.

<sup>27</sup> GAETANO SCOCA, Fiesco, *Contributo sul tema della fattispecie protettiva*. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, No. 18. Università di Perugia, Perugia, 1979, p. 18.

<sup>28</sup> MAJORCA, Carlo, *Fatto giuridico-Fattispecie*. En *Normativa Diritto italiano*. Dirección de Antonio Azara e Ermanno Bata. Retampa, VI. Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET, Turin, 1968, p. 125.

<sup>29</sup> Artículo 1970: "Aquel que mediante un acto negligente o imprudente, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, ocasiona daño a otro, será obligado a repararlo".

norma vigente a la fecha del accidente, conforme al cual el propietario del vehículo asumirá solidariamente la responsabilidad civil. Sin embargo increíblemente la Sala en su considerando noveno expresa que “la propiedad del vehículo le corresponde a los Laboratorios Roemmers, sin que se encuentre demostrada a su entender la tal reiterada transferencia en que basan su exención de responsabilidad; resultando que, para que sea pertinente el artículo 947<sup>19</sup> del Código Civil y se tenga por perfeccionada la transferencia conforme a él, es requisito previa la formalización del respectivo contrato de transferencia vehicular y su inscripción en los Registros Públicos para ser constitutivo de derecho, supuesto que una vez más se omite no resulta de los resoluciones que se impugnan”.

Afirmamos que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República no tomó en cuenta, para un análisis jurídico, un hecho que fue citado en el Considerando Quinto<sup>21</sup>; en él se menciona que Laboratorios Roemmers vendió el auto al codemandado Hugo Tenorio Boero conforme a la boleta y al contrato de compraventa que consta en el expediente, siendo irrelevante que el bien siga inscrito a nombre de Laboratorios Roemmers en los Registros Públicos como se menciona en el Considerando Octavo.<sup>22</sup>

Aquí debemos determinar los hechos y los efectos hipotéticos (u abstractos) de las normas jurídicas mencionadas. Son tres los hechos: literalmente, el hecho de quien mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro; el hecho de ser propietario del vehículo y la tradición de una cosa mueble a su acreedor. Los efectos también son tres que se corresponden a los hechos descritos: la obligación de reparar, la asunción solidaria de responsabilidad civil y la transferencia del derecho de propiedad. Fijese que la reparación y la responsabilidad son remedios jurídicos, mientras que la propiedad es una situación jurídica subjetiva. Hasta aquí hemos hecho mención a los hechos y a los efectos jurídicos hipotéticos.

Los hechos jurídicos concretos son los siguientes: Hugo Henry Tenorio Boero (dañador) mediante el vehículo Daihatsu Charade (bien riesgoso o peligroso) causó un daño a Dionicio Walter Angeles Rivera (dañificado) según el hecho jurídico hipotético del artículo 1970 del Código Civil. ¿Laboratorios Roemmers era propietario del vehículo? En el caso concreto, según el hecho jurídico hipotético del artículo 947 del Código Civil, el propietario es Hugo Henry Tenorio Boero porque Laboratorios Roemmers le entregó el vehículo como consecuencia de la celebración de un contrato de compraventa.

Los efectos jurídicos concretos son los siguientes: Hugo Henry Tenorio Boero (dañador) está obligado de reparar a Dionicio Walter Angeles Rivera (dañificado) porque es propietario del vehículo Daihatsu Charade, de conformidad con el efecto jurídico hipotético del artículo 1970 del Código Civil. Nótese que es inaplicable para los hechos y los efectos jurídicos concretos el artículo 181 del Decreto Legislativo, 420 porque Laboratorios Roemmers ya no era propietario del mencionado vehículo.

<sup>19</sup> Artículo 947: “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, según disposición legal diferente”. Concordamos con la crítica efectuada a la sentencia casatoria por PALACIOS MARTINEZ, Eric, La transferencia de propiedad mueble y las demostraciones en la aplicación del artículo 947 del Código Civil. En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*, Número 77, Febrero, Año 10, Gaceta Jurídica, Imprenta Editorial El Búho, Santiago, 2005, p. 25. No puede sostenerse en el Código Civil la distinción entre bienes registrales y no registrales, y atribuirse un más, referencia jurídica.”

<sup>20</sup> *Quinto* – Que, dentro de las acciones de las personas se distinguen las de crédito o pecuniarias, que consisten pretensiones pecuniarias contra el obligado y al no pago el ejercicio de las acciones de mora, embargos, y los derechos reales o absolutos que no contienen ninguna pretensión, como el derecho de propiedad, que se ejerce erga omnes, y las obligaciones de sucesión.

<sup>21</sup> *Octavo* – Que, en ocasión de otorgamiento de Escritura Pública no tiene otro objeto que dar fe, seguridad a un acto jurídico o contrato que se le celebró, por lo que, no causa efecto o trámite de prescripción como ya se estableció en la Expediente Sotomayor del 26 de enero de 1999 promovida en el Expediente No. 41 93, y en la Expediente Supremo del 28 de noviembre de 1999 elevada por esta Sala promovida en el Expediente No. 1360-99; considerando la presente acción el ejercicio del derecho de propiedad del motor, sin otras excepciones en la resolución que tiene el carácter de ejecutoria, recoméndese regístrese en los artículos 923 y 927 del Código Civil, normas que son aplicables por la materia.”

Del ejemplo podemos concluir que hay cinco conceptos diferentes cuando se contrasta la norma jurídica con la realidad. Un concepto es el hecho concreto o extrajurídico que puede ser relevante o no para el ordenamiento jurídico. Otro concepto es el hecho jurídico hipotético que es el hecho previsto hipotéticamente o el hecho jurídico probable. Otro concepto es el hecho jurídico concreto que es el hecho concreto incorporado o subsumido en el hecho jurídico hipotético. Otro concepto es el efecto jurídico hipotético que es la consecuencia jurídica aplicable al hecho jurídico abstracto. Y, por último, está el efecto jurídico concreto que es el resultado de la aplicación del efecto jurídico hipotético al hecho jurídico concreto. Así, cuando el hecho jurídico concreto es compatible con el hecho jurídico hipotético, el hecho jurídico concreto será el presupuesto de la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica (si A entonces debe ser B).

Entonces, "para proceder por grados, considerar que la norma en su esquema estructural, ya la doctrina seguramente determinado, toca, por así decirlo, la realidad material en dos puntos, correspondientemente a los dos de sus proposiciones componentes, la hipótesis de hecho (*factispecie*) y el efecto establecido hipotéticamente (*statuizione*). Lo que significa que se ponen entre realidad material y norma dos series de relaciones, interconectadas precisamente, el una entre el hecho material y hecho jurídico abstracto normativo, el otro entre el efecto establecido hipotéticamente (*statuizione*) y la situación efectual (*effettuale*)".<sup>31</sup> Queda claro que los hechos jurídicos concretos son relevantes porque han sido previstos por los hechos jurídicos hipotéticos y los efectos jurídicos concretos son eficaces por cuanto han sido previstos por los efectos jurídicos hipotéticos.

¿Qué es la responsabilidad en la norma jurídica privatística?<sup>32</sup> ¿Es un hecho o un efecto de la norma? Se ha expresado acertadamente que la responsabilidad civil "significa el fenómeno de que el ordenamiento jurídico haga de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otra, como consecuencia de la violación de una situación jurídica. Las normas de responsabilidad civil garantizan, pues, la integridad de las situaciones jurídicas, al determinar que los perjuicios causados de manera ilegítima sean asumidos y resarcidos por alguien".<sup>33</sup>

Pero hay que diferenciar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad aquiliana o extracontractual: "En el primer supuesto, es la situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, o el imputable, de una obligación, es decir, ante la inexecución o ejecución parcial o tardía de la prestación comprometida" y, en "el segundo supuesto, es el sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas ergo omnes por el ordenamiento".<sup>34</sup>

Y por eso, el "sistema, entonces, prevé coherentemente formas de tutela distintas, por un lado, para la protección de una expectativa planificada, para asegurar la ejecución de algo que se prometió y por otro, para la protección de la situación del sujeto que se ve empobrecido contra la voluntad del mismo. Por ello, el resarcimiento es sólo uno de los remedios ante el incumplimiento en el ámbito contractual, donde se dispone de la excepción de incumplimiento y de la resolución por incumplimiento; en los actos ilícitos ajenos a las relaciones obligatorias, el remedio por excelencia es el resarcimiento".<sup>35</sup>

<sup>31</sup> GAETANO SCODCA, *Op. Cit.*, pp. 4-5.

<sup>32</sup> Utilizamos la expresión "norma jurídica privatística" a la norma que forma parte del sistema de derecho privado. Así, el sistema de derecho privado como un todo ejemplar, es el modelo que los otros sistemas (basado el derecho administrativo baso el derecho penal) se inspiran en imitar y reproducir. Constatamos así "poro privado" propiamente dicho, a lo que se reconoce un papel preponderante e introductorio pero no de los estudios jurídicos" (RTI, *Op. Cit.*, p. 27).

<sup>33</sup> LEON, Responsabilidad extracontractual, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 21.



Respondiendo a las preguntas, podemos aseverar que la responsabilidad es un mecanismo de tutela jurídica sustancial que nace como consecuencia de la producción de un hecho jurídico. De esta manera, la responsabilidad es un 'efecto tutelatorio sustancial', que no excluye la tutela procesal.<sup>38</sup> El incumplimiento de una obligación no es un ilícito, "En alemán el término *Haftung* pone en evidencia la idea de exigir; es decir, que el acreedor puede exigir en cambio de la res deducta in obligatione: es aquella que se denomina *quanti ea res est*. La obligación, en tal perspectiva, parece ser una relación en el cual la res de la cual la disponibilidad se trata, es una proyección posicional (*quanti ea res*) de la res debita-credita". Correspondencia [*rispondenza*] (o responsabilidad en este sentido) indica no la idea de responder (propia de la responsabilidad del ilícito), sino la idea de corresponder, de la conformidad, es decir entre la res debita-credita y el *quanti ea res est*.<sup>39</sup>

Aquí se menciona la palabra "correspondencia" en lugar de la palabra "responsabilidad" que solo sería aplicable al acto ilícito porque la exigencia o la pretensión del acreedor por el incumplimiento de la obligación es la restitución del valor del objeto del contrato que se proyecta en la relación obligatoria. "El no-cumplimiento es la actuación en negativo de un poder (*poter de pagar*), la cual transfiere la mecánica obligatoria de la fase del crédito a aquella de la conformidad [*rispondenza*]. La conformidad sobre el *quanti ea res est* no tiene su fundamento en un ilícito; es por eso un fenómeno distinto de la responsabilidad verdadera y propia (del ilícito); así como el *quanti ea res est* es diverso del *id quod interest* de la respuesta resarcitoria".<sup>40</sup> El *id quod interest* sería aplicable para resarcir por daño emergente y lucro cesante<sup>41</sup> por la realización de un acto ilícito. "Lo ilícito, que es la base de la imputación de responsabilidad civil, es el elemento central del hecho jurídico abstracto [*fattispecie*] ilícito, que es la causa de la obligación del resarcimiento del daño injustamente ocasionado. La acción que promueve el juicio de responsabilidad depende del no-cumplimiento de la obligación misma. Estaríamos aquí en el campo de la dinámica procesal, y en general de la causalidad jurídica. La persona obligada al resarcimiento (y, por eso sometida a juicio) no es responsable en cuanto obligada; sino que puede decirse obligada en cuanto responsable. No se identifica el concepto de responsabilidad con aquel de obligación. La persona es obligada en cuanto sobre la misma converge la imputación".<sup>42</sup> Por eso, es relevante "la distinción entre ilícito como presupuesto de la responsabilidad entendido como imputación; y hecho jurídico abstracto [*fattispecie*] ilícito como causa del efecto reparatorio. Lo ilícito (entendido como imputación sobre el acto) es el fundamento del hecho jurídico abstracto [*fattispecie*] ilícito en cuanto constituye el núcleo causal".<sup>43</sup>

Los hechos jurídicos de la responsabilidad son el incumplimiento de obligaciones y el hecho jurídico o el acto jurídico ilícito. En un caso hay previamente un programa contractual o un marco normativo denominado contrato y ulteriormente el deudor incumple una obligación derivada del contrato. En el otro caso, hay un hecho que provoca la violación de una situación jurídica subjetiva. Es importante darnos cuenta que los intereses protegidos son diferentes. En uno se protege el interés del acreedor y en el otro se protege el interés del damnificado. Ambos están ubicados en posiciones jurídicas distintas y por ello las normas jurídicas aplicables son diferentes. Si entendemos esto, no dudaremos de inferir que a intereses distintos se corresponden remedios jurídicos distintos, que obviamente estarán regulados en normas jurídicas diferentes.

El ilícito civil es un comportamiento que "a) lesiona un interés particular protegido por una norma jurídica; b) provoca, por ello, un perjuicio para el sujeto lesionado". Es ilícito contractual<sup>44</sup> el

<sup>38</sup> MAJORCA, Op. Cit., p. 131.

<sup>39</sup> MAJORCA, Carlo "Responsabilità" (Teoria generale). En: *Facciolato del Diritto*, Dott. A. Garfà Editore, S.p.A., Varese, 1988, Tomo XXXIX (Responsabilità), p. 1013.

<sup>40</sup> MAJORCA, Op. Cit., p. 1035.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 1013.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 1020-1021.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 1034.

<sup>44</sup> ZATTI, Paolo, *Fato illecito e responsabilità*. En: *Leggevoce e regole del diritto privato*. *Manuale pratico per i corsi universitari*, Op. Cit., p. 442. "Hay una terminología es impropia y puede crear equívocos, porque la responsabilidad llamada contractual

"incumplimiento de la obligación; la conducta del deudor que no ejecuta la prestación debida al acreedor, de la cual está protegido" y es ilícito extracontractual cuando la "lesión del interés de un sujeto viene provocada por la conducta de otro sujeto fuera de toda relación preconstituida".<sup>45</sup>

La responsabilidad en sus dos modalidades es una tutela jurídica sustancial de situaciones jurídicas subjetivas, la cual opera cuando tales situaciones se lesionan o están en peligro. El titular de una situación jurídica debe poder gozar de medios de tutela que protejan su posición jurídica cuando tal posición esté en peligro de lesionarse o cuando existe lesión efectiva de tal posición.<sup>46</sup>

Así, la responsabilidad es la situación del sujeto de derecho o del ente (llámese patrimonio autónomo o cualquier entidad pública o privada que no es una persona jurídica) que se le atribuye las consecuencias que una norma jurídica prevé y sanciona en calidad de tutela o de remedio, la misma que es el mecanismo de protección que el ordenamiento jurídico otorga a los privados cuando se produzcan hechos jurídicos que violen normas, lesionen o pongan en peligro los intereses.

Entonces, la responsabilidad en la norma jurídica privatística es el remedio jurídico que el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto de derecho o a un ente la obligación o el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, como consecuencia de la violación de una situación jurídica subjetiva (o el derecho de crédito en el caso del incumplimiento de obligaciones o en otro tipo de situación jurídica subjetiva en el caso de la responsabilidad civil, extracontractual o aquiliana).

Hay dos tipos de responsabilidad en el campo del derecho privado: la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual). El primer tipo es la situación atribuida al deudor ante el incumplimiento de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución parcial o tardía de la prestación, regulado en los artículos 1219, 1314 y siguientes; y 1426 y siguientes del Código Civil. El segundo tipo, es decir, la responsabilidad aquiliana o extracontractual, es la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra hechos jurídicos lesivos a la integridad de las situaciones jurídicas protegidas erga omnes por el ordenamiento, supuesto, también denominada como "aquiliana", en referencia a la *lex Aquilia*, aprobada por plebiscito no antes del 286 a.C. que sancionaba con penas pecuniarias las hipótesis de daños a las cosas de otros<sup>47</sup>, y está normada en los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.

Estos dos tipos de responsabilidades son diferentes conceptualmente: "Por otro lado, la tradicional distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, o aquiliana, tiene un fundamento normativo propio. La existencia de dos sectores denuncia por sí misma que ambos tienen como base intereses diversos, que son protegidos por la ley, y reglas diversas que, de continuo, son infringidos. La diversidad de intereses queda probada por el hecho de que, en la responsabilidad contractual, la lesión tiene lugar en el ámbito de un 'programa', del cual forma parte el cumplimiento, y que el cumplimiento está encaminado a realizar; en cambio, en la responsabilidad extracontractual, la lesión se produce en el ámbito de un contacto social, ajeno a todo programa. Y todo ello se corresponde con la diversidad de reglas: no solo son reglas relativas al quantum del daño y a las modalidades de su reparación; son también, y ante todo, reglas relativas a los comportamientos debidos por las personas con referencia a los intereses protegidos por la ley".<sup>48</sup>

<sup>45</sup> es en realidad aquello que deriva del incumplimiento de cualquier obligación, que nazca de un contrato, o de otros hechos o actos, o también del hecho ilícito", ZATTI, Paolo, *Op. Cit.*, p. 637.

<sup>46</sup> ZATTI, *Op. Cit.*, p. 86; ZATTI, *Op. Cit.*, pp. 102-103.

<sup>47</sup> DE MAJO, Aldo, *La tutela civile dei danni*, Treves editore mediate e aggregata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2001, p. 4.

<sup>48</sup> BURDESE, Alberto, *Manuale di diritto romano*, Quinta edizione, Raccarpa della quarta edizione, UTET-Unione Tipografico-Editoriale Torinese, 1998, p. 529.

<sup>49</sup> CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milán, 2003, pp. 86-87. CORSARO, Luigi, *Restitutio in integrum y derecho a la integridad*, En: "Proceso & Justicia", Traducción de Loyaux León, núm. 3, Lima, 2002, p. 150.

El Código Civil regula a los dos tipos de las responsabilidades en dos libros diferentes. La responsabilidad por incumplimiento de Obligaciones está normada en el Título IX de la Inejecución de las Obligaciones, mientras que responsabilidad civil está regulada en el Libro VII de Fuentes de las Obligaciones. Por ello, se ha indicado que es mejor denominarlas como "responsabilidad Obligatoria" y "responsabilidad no obligatoria".<sup>46</sup> A continuación señalaremos las diferencias normativas entre los dos tipos de responsabilidades:

- a) El plazo de prescripción es de diez años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para la responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) (numerales 1 y 4 del artículo 2001 del Código Civil).
- b) En relación a la prueba, existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329 del Código Civil); el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1330 del Código Civil). En la responsabilidad civil, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969 del Código Civil).
- c) En el incumplimiento, se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria (artículo 1321 del Código Civil). En la responsabilidad civil, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito conforme a la teoría de la causalidad adecuada (artículo 1985 del Código Civil).
- d) En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículos 1321 y 1322 del Código Civil). En la responsabilidad civil se añade a tales tipos de daños el mal denominado daño a la persona (artículo 1985 del Código Civil).
- e) En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor (artículos 1333 y siguientes del Código Civil). En la responsabilidad civil, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985 del Código Civil).
- f) En el incumplimiento se establecen criterios de imputación subjetivos (artículo 1321 del Código Civil) los cuales son el dolo, culpa inexcusable o culpa leve (artículo 1314 del Código Civil) y objetivo en la responsabilidad del deudor si se hace valer por un tercero (artículo 1325 del Código Civil). En la responsabilidad civil, el dolo o la culpa son criterios subjetivos de imputación (artículo 1969 del Código Civil). Los objetivos están en consideración al riesgo o al peligro del bien o del ejercicio de una actividad (artículo 1970 del Código Civil), a la responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento (artículo 1976 del Código Civil), a la responsabilidad del dueño del animal (artículo 1979 del Código Civil) y a la responsabilidad del dueño del edificio (artículo 1980 del Código Civil).
- g) En relación con la graduación de la culpa se indica en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones a la culpa inexcusable como negligencia grave (artículo 1319 del Código Civil) y a la culpa leve como omisión de diligencia ordinaria (artículo 1320 del Código Civil). En la responsabilidad civil se menciona solamente a la culpa o dolo (artículo 1969 del Código Civil).
- h) En el incumplimiento, el deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale, salvo pacto en contrario (artículo 1325 del Código Civil). En la responsabilidad civil se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (artículo 1981 del Código Civil).

<sup>46</sup> BARCHI VELAÓCHAGA, *Responsabilidad civil no lo necesito médico-quirúrgico de emergencia*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 6, No. 22, *Revista Jurídica*, Lima, 2009, p. 40.

Conforme el Código Civil, entre responsabilidad contractual y aquiliana hay una diversidad de intereses tutelados por diferentes normas porque hay hechos y efectos distintos. En efecto, en el contenido de las normas jurídicas existen obligaciones y deberes, pero la violación de los mismos otorga tutelas jurídicas diferenciadas a los perjudicados.

La responsabilidad que se deriva de la infracción del precepto *neminem laedere* —una expresión que indica, sintéticamente, el conjunto de deberes que incumben a todos en relación con la salvaguardia de las situaciones jurídicamente protegidas ajenas— toma el nombre de “responsabilidad aquiliana o extracontractual”, o de “hecho ilícito”, o incluso, más “recientemente, el de responsabilidad civil”.

Entre estas denominaciones, “la de responsabilidad extracontractual” sirve para indicar la contraposición de la institución de la responsabilidad civil con la institución llamada “responsabilidad contractual”, que grava al deudor por el incumplimiento de la obligación (artículo 1218<sup>o</sup> del Código Civil). Al constituir la obligación un vínculo de naturaleza regodial o legal, para realizar una prestación específica, constituye un deber de satisfacer un interés ajeno con un comportamiento específico propio, y por ello no se agota ni se identifica, como sí ocurre con el *neminem laedere*, con un deber genérico de abstenerse de lesionar una situación subjetiva ajena protegida, con carácter general, por la ley.

Del hecho ilícito nace, más bien, una obligación; precisamente, la obligación de resarcir el daño (artículo 1173<sup>o</sup>), que ve como acreedor al damnificado y, como deudor, al autor del hecho ilícito.<sup>14</sup>

El fundamento de la responsabilidad civil es el hecho o acto jurídico ilícito y el fundamento de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones es la violación al derecho de crédito: *“El incumplimiento de la obligación no es ‘ilícito civil’, sino un ilícito con respecto al acreedor específico. El ilícito civil es el atentado contra la integridad de una situación jurídicamente protegida. El incumplimiento es ‘ilícito civil’, solo en atención a que se contrapone al ilícito penal, administrativo, etcétera”*.<sup>15</sup>

Por consiguiente, el Código Civil regula mecanismos de protección distintos. En efecto, si estamos en la hipótesis del incumplimiento de las obligaciones, el acreedor tiene la posibilidad de tutela mediante la ejecución forzosa (pretensión de cumplimiento), la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de plazo y la resolución por incumplimiento; mientras en la responsabilidad civil el damnificado tiene el remedio del resarcimiento.

### III. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EN LA NORMA JURÍDICA PRIVATÍSTICA

Un sector de la doctrina italiana ha señalado que en la literatura norteamericana y escandinava, las funciones fundamentales de la responsabilidad civil son<sup>16</sup>: “a) la función de reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; y a dicha función es correlativa la función b), que consiste en retomar el status quo ante en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio. Y luego se halla c), la de reafirmar el poder sancionatorio (o ‘punitivo’) del Estado y al mismo tiempo, d), la función de ‘dissuasión’ a cualquiera que intente, voluntaria o culpablemente,

<sup>14</sup> Artículo 1218 del Código Civil italiano de 1942. *Responsabilità del danno*: “È dovuto che non compie esattamente la prestazione dovuta essa obbligato al risarcimento del danno se non prova che il cumplimiento o el ritardo ha sido derivado por imposibilidad de la prestación demandada por causa no imputable a él”.

<sup>15</sup> Artículo 1173 del Código Civil italiano de 1942. *Fuente de las obligaciones*: “Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito y de cualquier otro acto o hecho ilícito para producción de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

<sup>16</sup> CORSARO, *Op. Cit.*, pp. 151-152.

<sup>17</sup> *Ibid.*, Nota 93 de la página 166.

<sup>18</sup> ALPA, *Curso Responsabilidad civil y daños. Los contratos y cuestiones*. Traducción de Fielve. Corrientes: Trópicos, dirigida por Juan Espinosa Espinosa, Gaceta Jurídica S.A., Montevideo, 2001, p. 69.

cometer actos perjudiciales para terceros. A estas cuatro funciones se suman luego otras subsidiarias, que más propiamente se refieren a los efectos económicos de la responsabilidad civil; e) la distribución de los 'pérdidos', por un lado, f) la asignación de los costos, por otro".

Así, bajo la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, se considera "axiomático que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos".<sup>55</sup> Dentro de los costos, se distinguen los costos primarios, que son los que se asumen para reducir el número y gravedad de los accidentes; los costos secundarios (denominados costos sociales) y los costos terciarios (costos administrativos).<sup>56</sup> En este orden de ideas, la responsabilidad extra-contractual tiene metas de compensación (que engloba a la difusión de pérdidas, distribución de la riqueza o deep pocket) y metas de desincentivación (dirigidas a "minimizar la suma de los costos de los daños y de los costos de las precauciones"<sup>57</sup>) que puede ser colectiva o específica y general o de mercado.

Para la escuela del Análisis Económico del Derecho, las funciones de la responsabilidad civil<sup>58</sup> son tres: la primera de ellas es la reducción de los costos primarios que pudieran ocurrir; para esto, se obliga al potencial dañador de los daños a que asuma los costos económicos, liberando al damnificado de los asumidos. Así, el potencial dañador recibe incentivos para tomar precauciones para evitar asumir el costo de los daños. La segunda función consiste en otorgar la debida compensación a los damnificados mediante la reducción de los costos secundarios derivados de los daños ya ocurridos. Estos costos se minimizan mediante el traslado del peso económico a quienes disfrutaban de una mejor situación patrimonial para soportar el peso económico y la distribución social del costo de los daños por un sistema de precios o de seguros. Y la tercera función se refiere a la reducción de los costos terciarios los cuales son derivados de los errores e ineficiencias del sistema de responsabilidad civil.

La doctrina del Análisis Económico del Derecho<sup>59</sup> parte del análisis dirigido a evitar el desperdicio, en particular de aquellos recursos cuya cantidad no es suficiente para satisfacer las necesidades humanas. Luego se aplica la noción de externalidades, entendidas como los costos o los beneficios externos asumidos por terceras personas diferentes a las que los generaron.<sup>60</sup> Así, las externalidades generan una divergencia entre el costo social y el costo privado.<sup>61</sup> Esta divergencia se concretiza en los costos de transacción, que son aquellos en los que es necesario incurrir para celebrar un contrato, los mismos que dificultan su celebración, haciendo a veces imposible que se concreten o que se terminen concluyendo en términos ineficientes.<sup>62</sup> Por ello, el Derecho es un

<sup>55</sup> CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, traducción por BESAL, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 44.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 44-45.

<sup>57</sup> CALABRESI, Guido, *Acceso de la causalidad y la responsabilidad extracontractual: un ensayo en homenaje a Henry Kalven, Jr.*, En: *Themis*, Segunda Época, No. 33, PUCC, 1996, p. 197.

<sup>58</sup> CALABRESI, Op. Cit., pp. 44-46. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Biblioteca para Leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, Tercer Tomo del Volumen IV, pp. 52-58.

<sup>59</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo, "Causalidad probabilística: El problema de los costos administrativos en el derecho de un acceso de responsabilidad civil extracontractual". En: *los es ventis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 3, No. 3, 1991, pp. 3-5. BULLARD GONZALES, Alfredo, "¿Que Dios se le juegue? El sistema social de la responsabilidad civil". En: *Estudios de Análisis económico del Derecho*, Primera Edición, Arca editores, 1996, pp. 159-163.

<sup>60</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo, *Advertencia: el presente artículo puede hacer su sensibilidad jurídica. El alfiler de viento, las nubes sintácticas y el Derecho Contractual*. En: *LOS ES VENTIS*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año V, No. 10, 1995, p. 53.

<sup>61</sup> TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis económico del Derecho*, Peruviana Doctrinal, p. 32, Ed. Temis S.A., Madrid, 1987, p. 61. "Específicamente deben ser consideradas las externalidades que resultan de acciones o actividades que causan daños no intencionales, generados de tal forma como que deben ser internalizados a fin de que los recursos puedan ser eficientemente asignados".

<sup>62</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo, *Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble*, No. 45, en *Diálogo*, Facultad de Derecho, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991, p. 122.

<sup>63</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo, *¿Cuándo es bueno aceptar un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente*, Epígrafe: *Acuerdo y Pago de daños*. En: *RATO JURIS*, El Ispemario, Revista de los Escribanos y Bachilleres de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima, Año 1, No. 1, 1992, tomo 15 de b p. 22.

mecanismo que internaliza las externalidades para que los individuos consideren los efectos que generan sus actos y, por consiguiente, se pueda producir un resultado eficiente si los individuos se comportan racionalmente. En otros términos, el Derecho permite que los individuos se comporten teniendo en consideración el nivel de escasez de los recursos.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, no hay duda que los regímenes de responsabilidad deben ser perfectamente diferenciados bajo el concepto de los costos de transacción. Bajo el régimen legal de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, los costos de transacción son previsible, pero bajo el régimen legal de la responsabilidad civil los costos de transacción son imprevisibles.

En cambio, desde el punto de vista dogmático, la diferenciación de la regulación legal entre los dos tipos de responsabilidades se justifica plenamente.

La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones es una tutela jurídica atribuida al acreedor por lesionar a su interés. Esencialmente, la protección se otorga a las lesiones al derecho de crédito. Estas lesiones se traducen en el incumplimiento de obligaciones, pero hay la posibilidad de que se lesione el derecho de crédito por un hecho diferente y, en ese caso, estaremos en el supuesto de la tutela aquiliana del derecho de crédito. "Más de reciente –a partir del famoso caso del jugador Meroni, muerto en un accidente de tránsito (1967)– por el contrario, la Casación ha reconocido que el acreedor, lesionado por un tercero en la posibilidad de exigir una prestación infungible (es decir, ligada a los particulares actitudes y cualidades del deudor) pueda pedir un resarcimiento al dañador a título de responsabilidad extracontractual".<sup>43</sup>

El incumplimiento de las obligaciones afecta a la función económico-individual del contrato. "En tal forma, la responsabilidad contractual se resuelve en la satisfacción del interés deducido de la obligación, a pesar de la falta de cooperación por parte del deudor; para el mismo efecto, se propone una remoción justa de las consecuencias perjudiciales inmediatamente conexas con el evento-incumplimiento".<sup>44</sup> Nótese que en el incumplimiento de obligaciones falta la cooperación del deudor regulada en el contrato según la autonomía privada de las partes. Cuando "preexiste una relación obligatoria, derivada de la autonomía contractual o de la ley, ello constituye el cetero de acuerdo con el cual se realiza la regulación de intereses de las partes (involucrados en la relación); en tal supuesto, la responsabilidad es considerado solo a causa de la inobservancia del vínculo y en cuanto constituye un medio sucesáneo para restablecer la fuerza del mismo para producir efectos".<sup>45</sup>

El contrato es un medio que los privados usan para satisfacer sus intereses mediante la producción de los efectos jurídicos. Si los efectos de los contratos no satisfacen los intereses de las partes, será del todo inútil su existencia. Es decir, el contrato como hecho tiende a que los efectos previstos se realicen en la realidad. La realización de los intereses implica que los efectos jurídicos concretos se correspondan a los hechos jurídicos concretos.

La función económico-individual del contrato juega un rol fundamental para darle autonomía a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. La teoría general del negocio jurídico proporciona una perspectiva autónoma al contrato.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> ZATTI, Paolo. En: *Fatti illeciti e responsabilità in Contratti di diritto privato*. Op. Cit., p. 640. Paolo ZATTI, *Fatti illeciti e responsabilità in famiglia e regole del diritto privato*. Nuovo manuale per i corsi universitari. Op. Cit., p. 444: "Un supra interés respecto a la relación acreedor-deudor puede determinar con su conducta la lesión al interés del tercero".

<sup>44</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. En: *Los hechos*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Traducción de Léizer León. Año XI, No. 12, Lima, 2001, p. 56.

<sup>45</sup> SCOGNAMIGLIO, Op. Cit., p. 56.

<sup>46</sup> En sentido contrario, FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Los sujetos dogmáticos de la responsabilidad contractual: Un debate de salones y la previsibilidad en Derecho civil japonés*. Editado por Alfredo Buland y Gastón Fernández. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997, p. 387. "La función tutelar a la norma de la responsabilidad civil impone hoy el abandono de la perspectiva de encampana de esta rama del Derecho Civil vinculada a la teoría del negocio jurídico".

"Se puede enunciar que el contrato, en cuanto promesa o síntesis de promesas vinculantes, genera expectativas de bienes o de utilidades. Por ello, el interés jurídicamente protegido es la expectativa de bienes o de concretas utilidades de carácter económico. La obligación que se define contractual está por eso fundamentalmente cambiada a proteger este interés. Ella, vista en su aspecto coercitivo, o sea, de concreto remedio contra el incumplimiento, está dirigida a poner al sujeto (no incumpliente) en la misma situación en que se hallaría si el contrato se hubiese ejecutado. Los contratantes estipulan contratos porque tienen en mira esta garantía. No es un caso que, sobre este perfil, el remedio contractual por definición está dirigido a hacer conseguir al sujeto no incumplente el mismo bien o utilidad que habría conseguido si el contrato se hubiese cumplido (remedios del cumplimiento o ejecución de forma específica, *specific performance*). Donde ello no sea posible o en el ámbito de sistemas que consideran la ejecución específica un remedio residual (*Common Law*), el remedio por definición aplicable es aquél del resarcimiento de los daños, teniendo en cuenta del hecho que la obligación contractual tiene por propósito de poner al sujeto en la misma situación en que él se hallaría si el contrato se hubiese regularmente cumplido. El daño contractual deberá medirse conforme a la expectativa insatisfecha del contratante (en términos de daños emergente y de lucro cesante)".<sup>41</sup>

Es importante advertir que la función económico-individual del contrato es la satisfacción del interés que el contrato está dirigido a realizar.<sup>42</sup>

"Sobre el terreno de los remedios contra las violaciones contractuales, la consideración de la pura (promesa) insatisfecha podrá no ser suficiente para hacer verificable medidas de ejecución específica o de resarcimiento de daños, si no se ofrecen elementos más concretos, como por ejemplo, la prueba de satisfacer un interés (específico) o la prestación prometida o de tener un rápido concreto perjuicio de la ausencia de satisfacción de ella (ausencia de ganancia, gastos incurridos, ocasiones perdidas). En este segundo caso, la responsabilidad contractual constituye también la respuesta a desplazamientos patrimoniales realizados en violación del contrato".<sup>43</sup>

Esta función económico-individual se adapta perfectamente a aquella concepción contractual de la previsibilidad. En ausencia de provisiones específicas del contrato, parece razonable que "se infera el modo que cierto riesgo debe asignarse del contenido de la obligación o, más precisamente, tomando en cuenta la forma en que las partes han diseñado la transacción".<sup>44</sup>

El modo que los privados atribuyen los riesgos al momento de contratar se grafica en las preguntas y en las respuestas que se propone con claridad<sup>45</sup>:

<sup>41</sup> DI MAJO, Adolfo, *Responsabilità contrattuale*. En: *Digetto della Discipline Privatistiche, Sezione civile, Sotto gli auspici dell'Accademia internazionale di Diritto Comparato e dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato*. Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1998, Volume XVII, pp. 26-27. El autor dice que en el caso Robinson-Harman de 1940 se estableció el principio fundamental según el cual la acción de daños contractuales es de poner "al sujeto no incumplente (...) en la misma situación en que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido".

<sup>42</sup> Sobre el concepto de finalidad concreta o función económico-individual, MORALES HERVÁS, Ramón, *La causa del contrato en la dogmática jurídica en Negocios jurídicos y responsabilidad civil*. Estudios en memoria de Lucrecia Tabares Córdova, Al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leyser L. León, Ramón Morales Hervás y Eric Palacios Martínez, Editora Jurídica Gajay, Lima, 2004, pp. 439-459.

<sup>43</sup> DI MAJO, Op. Cit., p. 27.

<sup>44</sup> HARO SEJAS, José Juan, *¿Previsión es atribución? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada*. En: *Temas, Contratos*, Diciembre, No. 49. Publicación editado por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 209.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 203-204.

1. *¿Quién conoce de la existencia del riesgo? Los riesgos conocidos por una sola de las partes –esto es, aquellas que no hayan sido motivo de revelación– deben ser asumidos por ella.*
2. *¿Quién puede adoptar precauciones para minimizar el riesgo a menor costo? La parte que puede tomar medidas de cuidado con la menor inversión, debe asumir el riesgo.*
3. *En el caso que las precauciones no puedan eliminar el riesgo parcial o totalmente ¿quién puede calcular mejor el riesgo no evitable? La parte que pueda hacerla debe asumir al menos esa porción del riesgo, salvo que pueda trasladar la información requerida a la contraparte para que ésta difunda o diversifique el riesgo, si ella es posible.*
4. *¿Quién puede ‘difundir’ mejor el riesgo? El que pueda diversificar mejor el riesgo, debe asumirlo”.*

En efecto, “en la responsabilidad por incumplimiento se resarcan, como pauta, los daños previsibles al momento de surgimiento de la relación obligatoria porque los reglas del negocio jurídico de origen imponen al deudor la osunción de un sacrificio que debe quedar contenido dentro de los límites de la normalidad. De aquí la exigencia de lograr una proporcionalidad de la sanción resarcitoria, atendiendo a aquellas desventajas que en circunstancias normales se enlazan con la inexecución o incorrecta ejecución de la prestación. Nada de ello se presenta en la responsabilidad extracontractual, donde, por no existir una prestación debida, no hay cómo desarrollar, de antemano, ningún juicio de previsibilidad”.<sup>72</sup>

Estas afirmaciones concuerdan con un planteamiento<sup>73</sup> el cual señala que el análisis del contrato debe basarse en la economía misma del particular contrato, entendida como punto de equilibrio entre las prestaciones y síntesis de las obligaciones, cargas o riesgos contractualmente asumidos. Todo contratante asegura la coherencia del contrato sobre el plano de su entera economía individual en la medida que adquiere la certeza de ver satisfechos sus intereses, soportando el costo de su realización. Y asume el riesgo de una eventual diferencia entre efectos de contrato y su programa económico general en la medida que deja otros intereses desprovistos de tutela, decidiendo no pagar el precio necesario para garantizar la realización.

En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones prevalece “la función de redistribuir el daño según un criterio de economicidad”.<sup>74</sup> Esta previsión bilateral implica que los propios privados determinan los riesgos y los distribuyen entre ellos mismos. Si se produce el incumplimiento de las obligaciones se aplicarán sus propias reglas de distribución de riesgos a fin de colocar a las partes en la misma situación en que ellas se hallarían si el contrato se hubiese cumplido satisfactoriamente. El cumplimiento de la función económico-individual del contrato es la función de la distribución de los riesgos en el caso de incumplimiento de obligaciones.

En cambio, en materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) el ordenamiento protege lesiones a situaciones jurídicas subjetivas que pueden incluir el derecho de crédito pero que se refieren a diversas clases, como a intereses legítimos y a derechos fundamentales del ser humano. “En la responsabilidad aquiliana, en cambio, el dato esencial está representado por la verificación del daño injusto, al que se refiere y según el cual se proporciona la reacción del Derecho: una reacción que se concreta con la imposición de la obligación (primaria) de resarcimiento de la totalidad del perjuicio al sujeto que incurriera en alguna de las hipótesis (de responsabilidad) contempladas en la ley”.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> LEÓN, pp. 19-20.

<sup>73</sup> BESSONE, Mario, *Preapposizioni, “causa” típica del negocio, economia del contratto e l’impegno delle parti nella prassi “vivente” del motivo, in* *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Parte Seconda, Fascicolo 3-4 (maggio-giugno), Anno LXXVI, Casa Editrice Di Francesco Vallardi, Milán, 1979, p. 154. BESSONE, Mario *Adempimento e rischio contrattuale*, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Collana di monografie 23, Seconda ristampa, Interedita, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milán, 1998, pp. 275-277.

<sup>74</sup> TRIMARCHE, Pietro, “Istituti” in *Diritto privato en Enciclopedia del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 1970, Tomo XX (Igi-Inch), p. 92.

<sup>75</sup> SCOGNAMIGLIO, Op. Cit., p. 56.



En efecto, la responsabilidad civil es un mecanismo de protección a los intereses por razones de solidaridad social y por eso el resarcimiento en estos casos cumple una función económico-social. "Contrariamente, si tiene lugar un daño injusto y si concurren presupuestos de la ley para que éste sea asumido por un extraño, la determinación de la responsabilidad produce la obligación que tiene por objeto la remoción de todos los daños (jurídicamente) relevantes, según la exigencia del conflicto de intereses entre lesionado y damnador, y con el fin de componer dicho conflicto, en los términos de solidaridad".<sup>76</sup>

La función económico-social adquiere relevancia en la responsabilidad civil o extracontractual. "Se puede afirmar que el propósito fundamental de cualquier obligación derivada del ilícito es de poner el sujeto en la misma condición en que se hallaría si el ilícito no se hubiese verificado. Al estar protegida por eso tal obligación no es la realización de expectativas pero el mantenimiento del *statu quo*, o sea de las condiciones personales y patrimoniales, del sujeto preexistente al ilícito".<sup>77</sup>

La responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) cumple funciones económico-sociales diferentes.

*"La función reintegradora (o reparadora) de la responsabilidad civil es aquella típica de nuestro código. El objetivo de la ley es aquel de reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del evento dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)".*<sup>78</sup> *"En resumen, el daño va resarcido, y el resarcimiento debe cubrir su totalidad; la reintegración en forma específica se realiza por el damnador, si es pedida y a menos que no sea muy onerosa para él. Esta función reintegradora, como se ve, sirve para garantizar a cualquiera la seguridad de poder conservar íntegro de su patrimonio, no abstente las agresiones de otros, también a veces en concreto se puede decir que no se alcanza a realizar la completa restauración del daño sufrido por varias razones".*<sup>79</sup>

*"La función de la responsabilidad, que viene ya comúnmente calificada sic et simpliciter como 'responsabilidad civil', cesa de tener carácter (meramente sancionatorio) para convertirse esencialmente reparadora: el resarcimiento del daño, entendido un tiempo como sanción repressiva a cargo del damnador por la violación de un hipotético deber extracontractual de *nerisim loquens*, viene ahora concebido sobretodo como medio de reparación de un daño injusto".*<sup>80</sup>

*"Naturalmente la primera función de las reglas de responsabilidad civil es siempre aquella de determinar cuando una compensación es reputada necesaria. Esencialmente la responsabilidad civil es, en efecto, un mecanismo social para el traslado de los costos".*<sup>81</sup> *"En efecto, la introducción de técnicas de sustancial desresponsabilización [desresponsabilizzazione] individual podría definitivamente destruir y anular aquel principio de solidaridad entre individuos que es aún el único a ofrecer una dimensión humana a una vida social así difícil y compleja. Por otro lado, sobre todo en tema de responsabilidad, la bondad de toda nueva solución técnica debe medirse también en los términos de suplemento de moralidad que ella esta en grado de aportar".*<sup>82</sup>

<sup>76</sup> Loc. Cit.

<sup>77</sup> DI MAJO, Op. Cit. p. 77.

<sup>78</sup> CORSARO Luigi, Responsabilità civile. Il Danno civile. En: Enciclopedia giuridica. Istituto di la Enciclopedia Italiana. Forstato di Giovanni Treccani S.P.A. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1991, Volere XXVI (Dir. Responsabilità), p. 2.

<sup>79</sup> Loc. Cit.

<sup>80</sup> BIGLIAZZI, Geri, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Diritto Civile: Diritto privato e crimine*, Bascapè, Modugno J. UTET-Usana Tipografico-Editore Turinese, Torino, 1996, p. 674.

<sup>81</sup> MONATERI, Op. Cit. p. 19.

<sup>82</sup> FERRI, Giovanni B. *Diritto responsabilità civile*. En: *Segni di diritto civile. Seconda edizione*, Bascapè (Modugno) y Turin, Maggioli Editore - Bascapè, Repubblica di San Marino, 1991, p. 419.

La función preventiva es otra función de la responsabilidad aquiliana. "La disciplina de la responsabilidad civil desarrolla también, indirectamente, una función preventiva de los ilícitos, en el sentido que la prevista obligación de resarcir el daño ocasionado induce a la persona a desarrollar su propia actividad con la adopción, cuando menos, de las medidas que normalmente son idóneas para impedir la producción de eventos dañosos por otros".<sup>85</sup>

No hay duda que esta función preventiva tiene mayor amplitud que aquella aplicable a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que tiene el propósito de realizar la función económico-individual del contrato mediante la distribución de los riesgos en caso de incumplimiento de obligaciones. "Al contrario (las reglas de la responsabilidad civil son vistas como instrumentos de prevención general de los incidentes, que tienden a mantener un nivel óptimo de inversiones en seguridad)".<sup>86</sup>

Sin embargo, algunos consideran que esta función preventiva está subordinada a la reintegradora (o reparadora): "Existen diversas funciones, y todas ellas se coordinan entre sí, a pesar de que la predominante sea, ciertamente, la función reparatoria. El objetivo principal de las reglas de la responsabilidad civil no puede consistir sino en garantizar a las víctimas el resarcimiento por la lesión padecida. Todas estas consideraciones han llevado a concluir que, en una perspectiva macrosistémica, el propósito preventivo o represivo, aunque presente, sólo puede tener más un papel accesorio, respecto de la finalidad de restablecer el patrimonio del damnificado".<sup>87</sup>

La función sancionatoria tiene connotaciones diferentes a la función económico-individual de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. "La decisión de colocar el costo, subsiguiente a un cierto incidente, sobre un sujeto diverso de aquel que lo ha sufrido, impone poner un bulto que puede ser visto como una sanción de su comportamiento".<sup>88</sup>

La función sancionatoria aparece "en la disciplina de la obligación de reparación en forma específica".<sup>87</sup> Por ejemplo, la cancelación de frases ofensivas o la publicación de la sentencia penal.<sup>89</sup>

De otro lado, se ha propuesto una concepción unitaria de la responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) agrupando las funciones reintegradora (o reparadora), preventiva y sancionatoria.<sup>90</sup> "La norma, sin embargo, es que el juicio de responsabilidad no sólo apunte a resarcir, sino también a sancionar o a prevenir ilícitos. En resumen, si bien la función de compensar a las víctimas es común tanto a la responsabilidad cuando al resarcimiento, en ella no se agotan todas las funciones de la responsabilidad por hecho ilícito".

Se habla de función distributiva en el sentido que "La regulación hace que el daño recaiga en algunas personas que son capaces de soportarlo en virtud de la actividad desarrollada (empresarial), y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros (consumidores) el daño resarcido. Se trata del aspecto de la responsabilidad de la empresa y del daño como elemento que viene a formar parte del costo de producción de las mercaderías, siendo ello un hecho ineluctable de la misma producción

<sup>85</sup> CORSARO, Op. Cit., p. 2.

<sup>86</sup> MONATERI, Op. Cit., pp. 20-21.

<sup>87</sup> FRANZONI, Op. Cit., p. 206. Esta afirmación se contrapone a la propuesta del Profesor Fernando Cruz de analizar las funciones de incentivación o desincentivación de actividades; y preventiva desde una perspectiva sistémica o macroeconómica.

<sup>88</sup> MONATERI, Op. Cit., p. 20.

<sup>89</sup> CORSARO, Op. Cit., p. 3.

<sup>90</sup> GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato. X edizione aggiornata e con rifioramenti di dottrina e di giurisprudenza*. Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A., Napoli, 2003, p. 719.

<sup>91</sup> FRANZONI, Op. Cit., pp. 212-213.

industrial. Además, un ulterior aspecto de la función distributiva está individualizado en el instituto de los seguros por daños”.<sup>98</sup>

La función económico-social distributiva indudablemente tiende a la organización de las acciones sociales en un mercado determinado.

*“El problema de la responsabilidad civil se pone, ahora, hoy como problema de organizar mediante el derecho privado, una coordinación de las actividades que, de cualquier modo, no pretende prohibir. Tal problema se expresa en la elección del sujeto que debe soportar un determinado costo provocado por tales actividades. Es decir, la principal, pero no la única, función de la responsabilidad civil es, hoy, aquella organizativa: produce una coordinación satisfactoria de las acciones sociales, basado no sobre una serie de prohibiciones centrales sino sobre una serie de decisiones descentralizadas de varios agentes. Seguramente, por tanto, las reglas de responsabilidad tienen efectos distributivos. Ellas implican como la imposición de una tasa sobre determinadas actividades, imputando costos eventuales, que pueden ser trasladados por los damnados potenciales, mediante el mercado u otros modos, sobre sujetos diversas. Las reglas de responsabilidad civil distribuyen entre determinados sujetos el costo de su actividad, y de este modo regulan, o mejor inducen un reglamento espontáneo”.<sup>99</sup> “Por consiguiente la función regulativa de la responsabilidad civil como resumen de sus múltiples funciones, toma plausible considerar como criterio general para calocar los costos de los incidentes aquél de imponer la obligación resarcitoria sobre aquél que resulta más económico prevenir el daño. En tal contexto resulta razonable imponer una responsabilidad objetiva cuando ex ante sea perfectamente percibido aquél sujeto que puede prevenir el daño en modo seguramente más económico. Mientras resulta razonable imponer a modo de prevención general un estándar de diligencia, para aquellos sujetos son reputados en culpa, si sus ‘inversiones en seguridad’ han sido inferiores a la probabilidad de los daños multiplicados por su acumulación. Además, el resarcimiento del daño asume, como se ha visto, el sentido de desincentivo para determinadas conductas”.<sup>100</sup>*

De lo descrito, podemos concluir que las funciones económico sociales de reintegración o reparadora, preventiva, sancionadora y distributiva aplicables a la responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) se contraponen a la función económico-individual de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

#### IV. UN EJEMPLO DE LA INAPLICABILIDAD DE LA UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA NORMA JURÍDICA PRIVATÍSTICA: LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Para que no queden dudas de nuestra posición, probaremos que no cabe aplicar un solo concepto de relación de causalidad para luego afirmar la conveniencia de la unificación de las reglas de la responsabilidad en la norma jurídica privatística. Entre el hecho jurídico o el evento de daño y el daño, entendido como pérdida patrimonial resarcible, debe subsistir una relación de causa y efecto.

El Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) regula la teoría de la causa adecuada (artículo 1985<sup>101</sup>) y en incumplimiento de las obligaciones se

<sup>98</sup> CORSARO, Op. Cit., p. 2.

<sup>99</sup> MONATERI, Op. Cit., pp. 20-21

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>101</sup> Artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984: “La indemnización comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño, excluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, devolviéndose estas una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

asume la teoría de la causa próxima (segundo párrafo del artículo 1321<sup>54</sup>). Esta última norma es una copia del artículo 1223<sup>55</sup> del Código Civil italiano y se sostiene que "la función del artículo 1223 del Código Civil es solamente descriptiva y está contenido en la norma simplemente para indicar la directiva del legislador, según la cual la reintegración del patrimonio del acreedor debe ser íntegra y atenderse a todos los perjuicios económicos sufridos por el damnificado".<sup>56</sup>

Usaremos un ejemplo para entender la relación de causalidad. El 15 de Setiembre 2001, a las 13:00 horas aproximadamente, un consumidor se acercó al local de un banco, ubicado en el Centro Comercial Jockey Plaza, con la finalidad de abrir una cuenta de ahorros de fondos mutuos. Una vez que había recibido la información sobre la cuenta que pretendía abrir y luego de llenar las formularios correspondientes, se acercó a una de las ventanillas a efectuar un depósito de US\$ 1000; poniendo el dinero a disposición de la cajera, la misma que al no saber si dicha operación se podía realizar, se retiró a efectuar las consultas del caso, y una vez que regresó le solicitó nuevamente la entrega del dinero, alegando que no se lo había entregado antes. El banco, en su descargo, ofreció como prueba un video en el que se puede apreciar que personas inescrupulosas que no tienen vínculo alguno con su institución se apropiaron del dinero del denunciante.<sup>57</sup> Sobre este caso la Comisión de Protección del Consumidor emitió la Resolución No. 883-2002-CPC, de 13 de noviembre de 2002, que indicó:

"En primer lugar, existió una conducta poco diligente por parte del denunciante, quien en lugar de entregar el dinero a la cajera que lo estaba atendiendo, lo dejó a su disposición sobre el mostrador de la ventanilla; en segundo lugar, se debe tener en cuenta la conducta de la cajera que atendió al señor Gutiérrez, quien abandonó en dos oportunidades la ventanilla por espacio de dos y tres minutos; y, en tercer lugar, se debe tener en cuenta la conducta del propio Banco, que infringió su deber legal de adoptar las condiciones mínimas de seguridad, al permitir que, además del señor Gutiérrez, se acercaran dos personas a la ventanilla en la cual se estaba atendiendo".

Fragmentando los hechos diremos que se produjeron los siguientes: la conducta del denunciante de dejar el dinero en el mostrador sin que advierta que lo recibe la cajera, la conducta de la cajera que atendió al señor Gutiérrez, quien abandonó en dos oportunidades la ventanilla por espacio de 2 y 3 minutos; y, en tercer lugar, se debe tener en cuenta la conducta del propio Banco de no adoptar las condiciones mínimas de seguridad y la conducta de las personas que se acercaron a la ventanilla para tomar el dinero. Existen cuatro hechos que se configuran en cuatro conductas.

A continuación describiremos las teorías causales de la responsabilidad en la norma jurídica privatística.

Para la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non, es causa toda condición, positiva o negativa, a falta de la cual el evento no se habría realizado, es decir, "identifica la causa en todos los antecedentes sin los cuales un determinado efecto no se verifica".<sup>58</sup> Según el

<sup>54</sup> Artículo 1321 del Código Civil peruano de 1994. "El resarcimiento por la ejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la ejecución".

<sup>55</sup> Artículo 1223 del Código Civil italiano de 1942. Resarcimiento de daños: "El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retraso debe comprender tanto el pérdida sufrida por el acreedor cuanto lo ganancia no conseguida por este, siempre que sean consecuencia inmediata y directa de aquéllo. La relación de causalidad en materia de incumplimiento de obligaciones se aplica a la responsabilidad civil o contractual por culpa regulada legal. Artículo 2056 del Código Civil italiano de 1942. Resarcimiento de los daños - El resarcimiento debido al damnificado se debe determinar de acuerdo con las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227. El lucro cesante se valorará por el juez con apreciación equitativa de las circunstancias del caso".

<sup>56</sup> VISINTI, Giovanni. Tratado breve de la responsabilidad civil. CEDAM, Padova, 1996, ahora en español. En: Tratado de la responsabilidad civil, traducado por KEMELMAJER DE CARLUCCI con la colaboración de ATENZA NAVARRO, BOSSIO, ESPINOZA ESPINOZA, LONGHINI y WOODCOTT OYAGUE. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 208. Comentario citado por ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., pp.120-121.

<sup>57</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., pp.122-123.

<sup>58</sup> BIANCA, Massimo. Direito civil - La responsabilidade. Retirado. Dou. A. Galvão Editora, Milão, 1999, v. p. 128.

ejemplo, los cuatro hechos serían condiciones o causas del daño. "Quizá, un ejemplo, nos ayude a entender los alcances de esta teoría: imaginemos a una persona que consume un sándwich en un establecimiento y resulta que se encontraba descompuesto y es tan fuerte el malestar que lo trasladan en ambulancia a un establecimiento clínico, sin embargo, un camionero distraído embiste con su camión a la ambulancia y fallece el desafortunado consumidor. ¿Quién es el responsable? Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo serían todos, vale decir, el camionero, quien manejaba la ambulancia, el que hizo el sándwich e, incluso, habría que remontarse a quien plantó la lechuga, lo cual resulta ser del todo inaceptable".<sup>99</sup>

La teoría del propósito de la norma ubica "el nexo de causalidad entre un hecho y aquellas consecuencias dañosas que entran en el propósito protectorio de la norma".<sup>100</sup> Según esta teoría, el ordenamiento jurídico atribuiría protección a quien la norma protege. En el caso planteado, se protegería al cliente aunque hubiese sido negligente. Si se sigue esta teoría, "el dañador responde solamente de las consecuencias lesivas de los intereses que entran en el ámbito de protección de la norma que protege el interés lesionado".<sup>101</sup>

Se ha objetado que esta teoría "no vale en realidad para identificar el nexo de causalidad porque no parece un criterio para determinar en concreto cuando subsiste una relación de causa-efecto entre dos eventos. En el derecho privado, luego, el propósito protectorio de la norma no vale ni siquiera para seleccionar los daños extraños a la responsabilidad del autor del daño, porque quien lesiona un derecho tiene el deber de resarcir todo el perjuicio directo que consigue, aunque el interés perjudicado no entre en el contenido del derecho".<sup>102</sup>

La jurisprudencia italiana acoge la teoría de la causalidad adecuada "llegando a comprender entre los daños resarcibles también a las consecuencias del ilícito que no entran en el ordinario curso de los eventos".<sup>103</sup>

Un sector de la doctrina propone "una interpretación del segundo párrafo del artículo 1321 Código Civil que, más allá de su literalidad, se entienda que no regula el aspecto de la relación de causalidad, sino el límite del quantum resarcitorio (causalidad jurídica), el cual, incluso, no debe ser interpretado ad pedem litterae".<sup>104</sup>

La teoría de la causa adecuada entiende como la causa de un evento en el hecho normalmente adecuado a producirlo. Así el "daño es consecuencia del hecho cuando constituya un efecto normal". Pero no "hay una razón lógica para negar a la víctima el resarcimiento de los daños en base a su excepcionalidad".<sup>105</sup>

<sup>99</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., p. 136.

<sup>100</sup> BIANCA, Op. Cit., p. 129.

<sup>101</sup> BESSONE, Mario, I fatti illeciti. En: Trattato di diritto privato. Diritto da Pietro Rescigno, Rizzoli, Tomo Setto, Utet, Tipografico-Editrice Torinese, Turin, 1990, pp. 52-53.

<sup>102</sup> BIANCA, Op. Cit., p. 129.

<sup>103</sup> BIANCA, Op. Cit., Nota 57 de la página 131. El autor cita el caso del 13 de julio del 1908, visto por el Tribunal de Milán, del 13 de julio del 1909, por el cual un conductor de una motocicleta, embestado e internado en un hospital, que sufre ulteriores lesiones, por haberse caído desde una ventana en un ático de fuga originado por las alteraciones psicóticas provocadas por el accidente (sic). En el ámbito contractual, según Cuacón No. 4236, del 15 de julio del 1962, el daño "está circunscrito en la esfera de la búsqueda de un principio activo o sustancias, entre las varias condiciones del dolo, lo que constituye una relación de causalidad, por el criterio de la causalidad adecuada (o regularidad causal), en el sentido que son resarcibles los daños inmediatos y directos y aquellos que, aún siendo mediatos e indirectos, entran, sin embargo, en la serie de las consecuencias normales y ordinarias del hecho y tal como tiende a coincidir con el de la previsibilidad del daño, entendida esta como el juicio de probable sucesos futuros, según la apreciación del hombre de abstracción normal, en el ámbito en el cual son concebidas, concebibles y previsibles las posiciones del hecho y los sucesos que inciden en la producción y en el desarrollo del daño" (Nota 54 de la página 130). También citada. En: ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., Nota 356 de la página 138.

<sup>104</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., p. 130.

<sup>105</sup> BIANCA, Diritto civile. Op. Cit., pp. 129-130.

"Como ya se señaló, el artículo 1985 del Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual, recoge la teoría de la causalidad adecuada. En efecto, este numeral, al prescribir que debe 'existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido', está refiriéndose a la causalidad como factor de atribución (causalidad de hecho). Sin embargo, la primera parte del mismo establece que 'la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral'; aquí se hace referencia a la causalidad jurídica. ¿Se puede proponer una interpretación sistemática de los artículos 1321 y 1985 del Código Civil? Crea que sí: el artículo 1321 del Código Civil se refiere al quantum indemnizatorio (causalidad jurídica), mientras que el artículo 1985 del Código Civil a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho). Como lógica consecuencia, no habría inconveniente para emplear la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil), incluso, en la responsabilidad por inexecución de las obligaciones. En mi opinión, no es correcta la fórmula que obliga al operador jurídico a emplear una teoría determinada de causalidad, sino el modelo legislativo adoptado por el CC debería limitarse a prescribir que el demandante tiene la carga de acreditar el nexo causal (en ambos tipos de responsabilidad) y como consecuencia de ello, éste utilizará la teoría más idónea al caso en particular".<sup>156</sup>

También se ha propuesto una interpretación sistemática y teleológica de las normas del Código Civil para aplicar la tesis de la causalidad adecuada a ambos regímenes de responsabilidades. Lo que se propone es aplicar hermenéuticamente en ambos regímenes de responsabilidades la causa adecuada como si fuera el único concepto de relación de causalidad existente en doctrina.<sup>157</sup>

La causalidad adecuada se basa en criterios medios de previsibilidad que "son por un lado, vinculados al desarrollo de las ciencias naturales, de otro lado, al desarrollo cultural de la sociedad. El criterio de adecuación, por eso, se funda sobre un tipo medio de persona de una determinada sociedad y sobre el conocimiento que él tengo de las leyes de la causalidad física".<sup>158</sup> ¿La conducta del denunciante de dejar el dinero en el mostrador sin que advierta que lo recibe la cajera es previsible para perder el dinero? ¿El cliente perderá el dinero por la conducta de la cajera que atendió al señor Gutiérrez, quien abandonó en dos oportunidades la ventanilla por espacio de dos y tres minutos? ¿Es probable que se pierdan los dineros de los clientes de los bancos si no adoptan las condiciones mínimas de seguridad? ¿Es probable que la conducta de las personas que se acercaron a la ventanilla para tomar el dinero produzca la pérdida del dinero?

Por otro lado se ha difundido en nuestro medio la teoría de la causalidad probabilística. "El fundamento de la causalidad probabilística reside en desplazar la carga probatoria del nexo causal al demandado como agente dañador, frente a casos excepcionales en los cuales la víctima se encuentra en imposibilidad de probar el nexo causal. La determinación del quantum resarcitorio se puede dar, (se entiende, en casos de pluralidad de agentes dañador), de manera solidaria, si es que no hay un criterio que permita delimitar la responsabilidad de cada uno, individualmente considerada, o (en caso de productos

<sup>156</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., pp. 141-142.

<sup>157</sup> WOOLCOTT DYAGUE, Olinia, La responsabilidad civil de los profesionales, ARA Ediciones, Lima, 2002, p. 551: "El Código Civil vigente recoge esta tesis en el artículo 1985, primer párrafo, y si bien el artículo 1321 segundo párrafo parece adherirse a la tesis de la causa jurídica por la referencia a 'consecuencia inmediata', esto debe considerarse como lo que ocurre de acuerdo al orden normal de los acontecimientos, lo que excluye de la fiscalidad del evento 'casualidad' y así de la concepción pura de la 'causa próxima', facilitando así razonablemente una interpretación sistemática y teleológica de las normas del Código Civil, armonizando en general la tesis de la causalidad adecuada".

<sup>158</sup> CORSARO, Op. Cit., p. 8. El autor se basa en esta norma en ese sentido: "Artículo 1176 del Código Civil italiano de 1942. Alguien en el cumplimiento - En el cumplimiento de la obligación de dar dar debe emplear la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones referentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercida".

defectuosos) sobre la base del market share (la cuota del mercado), ello, en la medida de establecer una correspondencia entre la circulación que se hizo del producto defectuoso y la probabilidad de haber ocasionado el daño",<sup>108</sup> "El daño no es la producción del accidente sino el incremento probabilístico que se dé un daño cierto por efecto del desarrollo de una determinada actividad. Dentro de este sistema no interesa si se produjo o no el daño de manera cierta, sino sólo si la actividad incrementó las posibilidades de que un accidente se produzca".<sup>109</sup>

Esta teoría considera el daño como el incremento estadístico de las probabilidades de sufrir un daño cierto por el desarrollo de una determinada actividad y que, en estos casos, "la teoría de la causalidad probabilística pretende darnos elementos que nos permitan realizar un análisis ex ante al daño para determinar la responsabilidad".<sup>110</sup> De acuerdo al ejemplo planteado, es necesario tener una estadística para comprobar cuáles de los cuatro hechos descritos producen daños resarcibles.

Un sector de la doctrina ha unificado las teorías de la causa adecuada y de la causa probabilística cuando indica que "los términos normalidad, regularidad estadística, probabilidad y previsibilidad vienen consideradas como sinónimos al fin de expresar el juicio en orden a la subsistencia de la causalidad jurídica".<sup>111</sup>

Según la teoría del principio del riesgo específico "subsiste un nexo causal entre hecho y daño cuando el daño es la realización de un específico riesgo creado por aquél hecho. Riesgo específico de un evento es aquél que hace probable o que agrava apreciablemente el peligro de verificarse".<sup>112</sup>

El nexo causal se determina según la teoría de la causalidad como señoría o dominio del hecho en la "señoría o dominio del hombre sobre el hecho" porque el hecho ha sido obra del agente. Esta teoría se "apoya de plano a aquella del propósito de la norma violada, y se presenta así como su continuación y su complemento".<sup>113</sup>

Un planteamiento más amplio dice que el "primer razonamiento para conducir el tema del nexo causal debe, es decir, considerar la función preventiva de la responsabilidad civil".<sup>114</sup> Por eso, "el derecho debe usar el criterio de la culpa en casos de prevención bilateral, y la responsabilidad objetiva sólo en casos de prevención unilateral".<sup>115</sup>

Un criterio para determinar la responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) es determinar quién o qué entidad incumplió la situación jurídica del deber en el caso concreto. "Sólo cuando se reconozca la existencia de un deber extracontractual en cabeza del sujeto dañador en relación a la víctima, y si se ha determinado que la conducta del dañador consistió en la violación de un tal deber, solo allí se debe poner el problema del nexo causal como medida de la extensión de un tal deber".<sup>117</sup>

Esta solución difiere de todas las anteriores que se basan en determinar los hechos jurídicos relevantes pero esta propuesta se inclina por verificar los efectos jurídicos concretos en cuanto se busca individualizar a quien le correspondía cumplir el deber extracontractual.

<sup>108</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., p. 144.

<sup>109</sup> BULLARD GONZALES, Op. Cit., p. 7.

<sup>110</sup> Ibid., p. 9.

<sup>111</sup> FRANZONI, Massimo, *Del fatto illecito*, artículo 2043-2059. En: *Commentario del Codice Civile Scialoja-Triboni*, A cura di Francesco Galgano, Zanichelli editore S.p.A., Bologna, 1993, p. 768.

<sup>112</sup> BIANCA, Op. Cit., pp. 131-132.

<sup>113</sup> MONATERI, Op. Cit., p. 151.

<sup>114</sup> Ibid., Op. Cit., p. 186.

<sup>115</sup> Ibid., p. 45.

<sup>116</sup> Ibid., p. 184.

Por último, un sector de la doctrina peruana critica la teoría de la causalidad próxima porque en materia contractual "serían resarcibles en principio, únicamente, los daños directos, inmediatos y previsibles, los cuales podrían extenderse en la hipótesis de mediar dolo o culpa grave del deudor, al resarcimiento de los daños directos, inmediatos e imprevisibles, pero nunca a los daños directos mediatos; tanto así, que, por ejemplo, el único daño mediato resarcible en materia contractual, sería el denominado (daño ulterior) (artículo 1324<sup>118</sup> del Código Civil)"<sup>119</sup> y de acuerdo a esta crítica se propone que "los criterios de previsibilidad deber ser tenidos en cuenta, más bien, en un nivel macro-económico y de política legislativa, en donde resultan absolutamente válidos –como modelos teóricos de análisis– figuras introducidas por el Análisis Económico del Derecho tales como el (Fully Specified Contract)"<sup>120</sup>.

Es importante tener en cuenta que un contrato es perfecto cuando es completo desde el punto de vista de las propias partes: "se prevén todas las contingencias; el riesgo asociado se asigna eficientemente entre las partes; toda información relevante ha sido comunicada; nada puede salir mal. Un contrato perfecto también es eficiente. Cada recurso se asigna a la parte que lo valora más; cada riesgo se asigna a la parte que pueda asumirlo al menor costo; y los términos del contrato agotan las posibilidades de una ganancia mutua por cooperación entre las partes".<sup>121</sup> Desde este punto de vista estamos en desacuerdo con la teoría que propugna la inaplicación de la teoría de la causa próxima en el régimen de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

Pensamos que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones busca la realización de la función económico-individual del contrato mediante la distribución de los riesgos previsibles por las propias partes en caso de incumplimiento de obligaciones. Lo imprevisible será materia de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana). En este sentido, la teoría de la relación de causa próxima se adapta mejor a la programación de las partes mediante el contrato.

Por consiguiente, es arbitrario aplicar un solo concepto de relación de causalidad a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones y a la responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana).

## V. CONCLUSIONES

Quiero dejar testimonio del respeto de las opiniones académicas de mis profesores y de mis amigos. Sus razonamientos han coadyuvado a formular y reformular mejor mis ideas sobre el tema propuesto. La discrepancia no significa una posición de enemistad ni mucho menos. Por el contrario, aquí el lector podrá corroborar mis propias reflexiones realizadas después de una lectura y de un análisis de las doctrinas sobre la materia tratada. Soy un convencido que la discrepancia sería enriquecedora de la doctrina y la convierte en fundamento permanente para la praxis jurídica. A continuación, formulo mis conclusiones:

1. La responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones cumple una función económico-individual que consiste en satisfacer el interés jurídicamente protegido (expectativa de bienes o de concretas utilidades de carácter económico) regulado en el contrato conforme a la función de distribución de los riesgos de probables incumplimientos de obligaciones.

La satisfacción de la función económico-individual requiere la cooperación del deudor. Las teorías de la norma jurídica y del negocio jurídico nos proporcionan argumentos para fundamentar la autonomía conceptual y normativa de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones.

<sup>118</sup> Segundo párrafo del artículo 1324: "Si se hubiere estipulado la indemnización del daño ulterior, consiguientemente al accidente que el deudor hubiere sufrido el respectivo resarcimiento".

<sup>119</sup> FERNÁNDEZ CABRE, Op. Cit. p. 264.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>121</sup> COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, p. 265.



2. La responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana) cumple funciones económico-sociales de reintegración o reparadora, preventiva, sancionadora y distributiva.
3. Las posiciones que buscan unificar las reglas de la responsabilidad en la norma jurídica privativa carecen de argumentaciones coherentes. Un ejemplo claro es la relación de causalidad. La propuesta de aplicar exclusivamente el concepto de la relación de causalidad adecuada a ambos regímenes legales de la responsabilidad es arbitraria.

Quiero terminar esta breve exposición sobre el Código Civil peruano que, el año pasado, cumplió veinte años. Se ha dicho que este texto legislativo "es un buen Código, no solo porque tiene una adecuada sistematización, y una redacción clara y amplia de sus normas y preceptos, sino por el hecho de que no ha sido concebido solo para regir en la vigencia de determinadas teorías o ciertas ideologías que sean llevadas a la práctica por los diferentes gobiernos de turno. Es un Código hecho con ponderación y con vocación de futuro".<sup>12</sup> Discrepamos respetuosamente de las afirmaciones de nuestro colega.

¿Cuánto tiempo demoró hacer el Código Civil peruano? El texto definitivo del Código Civil alemán se aprobó en 1896 para entrar en vigencia en 1900. Los alemanes requirieron 22 años para elaborarlo. El Código Civil holandés entró en vigencia en enero de 1992 después de 45 años de preparación y luego de ser objeto de enseñanzas en las universidades desde 1983.<sup>13</sup> Por el contrario, en el Perú cada ponente tuvo a su cargo la elaboración de cada libro sin que existiera coordinación y reflexión entre la comunidad académica. El Código apareció un 14 de noviembre de 1984 sin ninguna difusión democrática de su contenido.

El Código Civil de 1984 debe tener una lectura dogmática por parte de los operadores del Derecho. Por eso, la responsabilidad principal recae en la doctrina, que debe cumplir una función descriptiva, analítica y hermenéutica para la verificación y estabilización de las normas jurídicas, de conceptos, reglas, institutos e instituciones.

El Código Civil debe ser interpretado y aplicado según la racionalidad de la naturaleza de las cosas y de la lógica científica para dar una respuesta adecuada y clara a los problemas de los particulares, otorgando sentido coherente a las normas jurídicas. Por eso, debemos interpretarlo según los regímenes diferenciados de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de responsabilidad civil (extracontractual o aquiliana).

<sup>12</sup> CASTILLO FREYRE, Mario, *Un once en la vida. A veinte años de vigencia del Código Civil*. En: *Juridex*, suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año I, Número 16 de noviembre de 2004, Número 30, p. 1.

<sup>13</sup> DELRIN, Arnika, *La codificación por etapas: un desafío europeo*. En: *El año civil italiano "moderno"*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2004, pp. 1-26.