

# BREVE PANORAMA DE LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN LOS CÓDIGOS CIVILES DE 1852, 1936 Y 1984

Ady ROSIN CHINCHAY TUESTA\*

## 1. Introducción.-

Antes de realizar un estudio de las funciones de la responsabilidad civil en la historia del Derecho peruano, es necesario conocer *primero*, qué se entiende por funciones de la responsabilidad civil, *segundo*, determinar si nos encontramos frente a una función o si nos encontramos frente a dos o más funciones, *tercero* esclarecer si una función podría prevalecer en un supuesto específico de responsabilidad civil, diferenciándose así distintos supuestos en los que la función de la responsabilidad civil en dicho ámbito dependería del objeto de protección, ya se trate de un caso en el que la norma contemple la aplicación de las normas del sistema subjetivo, o del sistema objetivo en el Código Civil, o si nos encontramos frente a un supuesto especial de responsabilidad civil, como los casos de los accidentes de tránsito, que tienen su propia regulación especial, y *cuarto* si la función que cumplió un papel preponderante en un determinado momento es susceptible de cambio, dependiendo del tiempo en el que se es concebida, como del ordenamiento jurídico en el que se encuentra inserta.

*Primero*, podemos definir a largos rasgos que las funciones de la responsabilidad civil son el conjunto de roles que cumplió, cumple y cumplirá la responsabilidad civil en el desarrollo del Derecho y la sociedad. *Segundo*, tomando en consideración la historia del Derecho a nivel mundial, llegamos a la conclusión de que no es posible hablar de una sola función, sino de varias funciones<sup>1</sup>, tal vez una pueda predominar sobre otra en un determinado momento y lugar, pero ello no significa que esta función predominante sea la única a tomarse en *consideración*, puesto que, estas funciones se retroalimentan entre ellas, claro que la preponderancia de una sobre las otras dependerá de la finalidad que el legislador determine, acorde con los objetivos perseguidos por la sociedad. *Tercero*, los supuestos en los que la responsabilidad opera son infinitos, a pesar de ello el ordenamiento jurídico ha tratado de clasificarlos en base a las propias características de cada una de estas hipótesis, es decir los ha clasificado en responsabilidad subjetiva, responsabilidad objetiva y responsabilidad regulada en leyes especiales.

*Cuarto*, así como se admite que la sociedad es cambiante y que el Derecho debe adecuarse a tales cambios, también lo es el que las funciones cumplidas por la responsabilidad civil variarán en base a los requerimientos de una sociedad determinada<sup>2</sup>; por ejemplo no podemos afirmar que la función cumplida por la *culpa* en

---

\* Asistente de docencia y miembro del Taller de Derecho Civil "JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN" de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

<sup>1</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. La Responsabilità Civile. Napoli: Utet. 1998. P. 19. Expresa que la responsabilidad civil tiene muchas funciones, y que ninguna está en grado de explicar por sí sola la compleja estructura de las reglas jurisprudenciales sobre el ilícito civil. En modo similar, SALVI, Cesare. Il Danno Extracontrattuale: Modelli e funzioni. Napoli: Jovene Editore. 1985. P. 85. Quien considera que ninguna función es, aisladamente considerada, suficiente para explicar la entera estructura del juicio aquiliano. Lo que es más, las diversas funciones vienen consideradas en relación al rol que desarrollan en diferentes fases del juicio.

<sup>2</sup> Un análisis profundo lo encontramos en PONZANELLI, Giulio. La Responsabilità Civile: Profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino. 1992. P. 11. Quien expresa que las soluciones a los conflictos dependerá de los objetivos de política del derecho que deben ser tenidos presentes por el sujeto - por el legislador, por el juez, por la autoridad administrativa. Es decir, es necesario delimitar en primer lugar la aproximación del área ocupada por las normas de la responsabilidad civil en el interior de un determinado

Europa durante el siglo XIX, sea el mismo que jugó durante el siglo XX, es más dentro de cada uno de estos siglos la culpa ha sufrido una serie de cambios con tal de lograr cubrir ciertos ámbitos que en un primer momento no abarcaba con el objetivo de solucionar nuevos supuestos en los que se provocaba un daño.

Ahora bien, al entender por funciones de la responsabilidad civil al papel cumplido por esta disciplina en la sociedad, cuyas bases se encuentran en los objetivos de política del Derecho, debiendo ser considerado por los jueces, los legisladores y por los intérpretes en general, pasaremos a explicar cuáles son estas funciones.

Si le preguntamos a un sujeto cualquiera ¿por qué ante un daño el sujeto dañante debe indemnizar a la víctima?, este posiblemente nos responda que el Derecho reacciona así para que la víctima puede pagar sus gastos y para que el acto realizado por el dañante no quede impune. Como observamos esta es una respuesta sencilla en la que encontramos sólo dos de las funciones de la responsabilidad civil, esto es, la función resarcitoria y la función sancionadora, pero ¿ellas son las únicas?, la respuesta es un completo no. Probablemente el sujeto al que se le hizo la pregunta detuvo su análisis en las consecuencias que la indemnización traería para las partes involucradas directamente con el daño, estos son, el dañante y la víctima; pero la responsabilidad civil no debe tener una visión miope, sino que además debe mirar más allá, debe tomar en cuenta el rol de las reglas concernientes a la responsabilidad civil en el comportamiento de toda la sociedad en su conjunto. El primero de los enfoques, es decir el que tan sólo observa las consecuencias de la responsabilidad civil entre el dañante y el dañado (óptica tradicional), toma el nombre de enfoque microsistémico, y el segundo de los enfoques que observa las consecuencias ante toda la sociedad se denomina enfoque macrosistémico, cuyo análisis aparece con el advenimiento del sistema liberal.

El **enfoque microsistémico o diádico** -óptica tradicional<sup>3</sup>-, permite verificar el modo de actuación de los distintos elementos de la figura en una específica relación, es decir, observa el papel cumplido por la responsabilidad civil en dos sujetos específicos: el dañante y el dañado, y es allí donde acaba su análisis; en cambio el segundo, denominado **enfoque macrosistémico o sistémico** permite identificar la función de la responsabilidad civil en el modelo económico que se tome como referencia<sup>4</sup>, tomando en consideración no sólo al dañante y a la víctima sino también a la sociedad en general que comparte un mismo modelo jurídico.

Desde la óptica microsistémica encontramos principalmente, **a). la función satisfactiva**, considerada como garantía de un adecuado resarcimiento a favor del sujeto dañado, **b). la función sancionadora**, que pune con sanciones civiles cuando

---

sistema jurídico. Solo entonces se podría delinear mejor los objetivos de fondo propios de un moderno sistema de responsabilidad civil.

<sup>3</sup> FRANZONI, Massimo: "La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones", En: Estudios sobre la responsabilidad Civil". Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Lima: Ara Editores. 2001. P. 199-201. Quien realiza una magistral exposición de la transición cultural entre ambos enfoques, este profesor expresa que el enfoque microsistémico tuvo su fundamento en la protección de la propiedad ante quien sea, concibiéndose al contrato como un medio para la transferencia de la propiedad, por ende la responsabilidad no era más que un medio para proteger la propiedad. *"En resumen, todo el sistema rotaba en función de la figura del propietario, concebido como sujeto portador de un interés merecedor de tutela, en cuanto objeto de un derecho absoluto e inviolable."* Como resultado de dicha concepción, la voluntad era merecedora de toda la atención y como un elemento contrario a esta voluntad apareció el concepto de culpa. *"A esto se debió que la responsabilidad civil constituyese un mecanismo para la regulación del conflicto entre propiedades distintas; mientras que la culpa, como aspecto negativo de la voluntad, representaba un criterio para al selección de los intereses a tutelar, de la misma manera que la voluntad, al ser productora de un negocio jurídico, hacía posible la circulación de la propiedad."*

<sup>4</sup> Ibidem. P. 196.

la conducta haya infringido en modo relevante las reglas de conciencia social<sup>5</sup>, y **c). la distribución del daño**; reiteramos la palabra principalmente, puesto que la doctrina es disímil al reconocer innumerables funciones<sup>6</sup>, como la función de restaurar el *status quo ante* el que se encontraba el damnificado antes de padecer el perjuicio<sup>7</sup>.

Desde la óptica macrosistémica encontramos principalmente, **a). la función disuasiva de actividades**<sup>8</sup>, que permitirá incentivar conductas preventivas de los daños y a su vez desincentivar las conductas dañosas; y **b). la función de distribución social del riesgo**, que vuelca su análisis en el estudio de los sujetos que se ven beneficiados con el desarrollo de determinada actividad, siendo este el presupuesto para que tales sujetos sean quienes soporten el riesgo de la realización de dicha actividad, esta concepción encuentra su fundamento en el principio solidarístico en el que todos debemos contribuir para todos.

Sin ánimo de detenernos en el desarrollo de esta última función mencionada, es preciso dejar en claro que la distribución social del riesgo, pensamiento ampliamente analizado por Trimarchi<sup>9</sup>, esta función se aprecia en las actividades empresariales, donde las empresas tendrán dos mecanismos para distribuir dichos costos, el primero de ello consiste en el sistema de seguros y el segundo de ellos consiste en la introducción del costo de las posibles indemnizaciones dentro del precio final del producto que ofrecen al mercado<sup>10</sup>.

Junto a las funciones citadas, cabe hacer mención también a la función organizativa de la responsabilidad civil planteada por el maestro Pier Giuseppe Monateri, función que consiste en una coordinación satisfactoria entre las acciones sociales, coordinación basada en una serie de decisiones tomadas por varios agentes, es decir, esta función organiza el conjunto de acciones de los sujetos, doctrina a la que se adscriben muchos estudiosos en la actualidad.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Un análisis más completo de las funciones de *compensation*, *deterrence* y *punishment*, la encontramos en PONZANELLI, Giulio. La responsabilità Civile: Profili di diritto Comparato. Ob.cit. P. 25-26.

<sup>6</sup> Para mayor abundamiento se recomienda la lectura de ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Al cuidado de Leysser L. León. Lima: Jurista Editores. 2006. P. 197 y ss.

<sup>7</sup> Esta función ha sido duramente criticada por TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano: Giuffrè Editore. 1961. P. 16, quien considera que una vez que el daño se ha verificado, no hay nada que se pueda hacer para que aparezca como si nada hubiese pasado. El daño no desaparecerá de la sociedad, es decir, con el resarcimiento no se anula el daño, simplemente el daño se transfiere desde quien lo ha sufrido hasta quien lo resarce.

<sup>8</sup> Una crítica que se le ha realizado a la distinción entre la función preventiva y la función disuasiva o incentivadora de conductas es expresada por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 5ta. Ed. Lima: Gaceta Jurídica. 2007. P. 54. Quien considera que la segunda se materializa a través de la primera. Concepción a la que nos adscribimos, puesto que esta función aparece en el Common Law con el nombre de **deterrence**, junto a las funciones de la *compensation* y *punishment*, **deterrence** que traducido literalmente expresa el sustantivo *disuasión*, que es concebido como acción y efecto de disuadir, y siendo *disuadir* definido como inducir o mover a alguien con razones a mudar de dictamen o a desistir de un propósito; concluimos que esta función tiene dos aspectos, a). el de incentivar la realización de conductas preventivas o destinadas a evitar daños, y b). el de desincentivar la adopción de actos que podrían ser dañinos. Por tanto, la función preventiva de los daños se encuentra inserta en la función disuasiva de conductas.

<sup>9</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Ob. Cit. P. 3 y ss.

<sup>10</sup> Un análisis acucioso de tales mecanismos lo encontramos en PONZANELLI, Giulio. Ob.cit. P. 103. quien explica el razonamiento utilizado por aquellos que enaltecen una justicia conmutativa, donde el sujeto que será el responsable del hecho ilícito incluirá el específico costo del resarcimiento al interior de los más generales costos económicos, ya sea estipulando un contrato de aseguración externo o proveyendo directamente a formas de auto aseguración. En ambos casos se observa el mecanismo de **risk spreading**, que implica la propagación del costo asegurativo del riesgo entre todos los posibles usuarios destinatarios de los servicios y de los frutos de una determinada actividad económica, fuente de potenciales efectos perjudiciales, a través de la imposición de un aumento del precio final del producto.

<sup>11</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. Ob. Cit. p. 22.

Ahora bien, las funciones antes mencionadas no aparecen insertas en todos los ordenamientos jurídicos, sino sólo se observan algunas de ellas en determinados modelos jurídicos, donde una prevalece sobre la otra; así mismo resulta innegable afirmar que al cambiar el periodo histórico y el ambiente social, una función deviene predominante respecto de otra, y viceversa<sup>12</sup>, por ende, el cambio de estas funciones se observa tanto en la historia de diferentes naciones como en el Derecho peruano, objeto de explicación. Para dicho estudio tomamos en consideración los Códigos civiles de 1852, 1936, 1984, así como las leyes especiales, sentencias judiciales y doctrina.

## 2. Código Civil Peruano de 1852.-

Nuestro primer Código Civil, el de 1852, recibió gran influencia del Código Civil francés de 1804, de corte individualista y subjetivista, propias de la época<sup>13</sup>, tal fue la influencia que nuestro Código denominó a las normas que regulan lo concerniente a la responsabilidad civil "*Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos*", mientras el Código Civil Francés ubicó a estas reglas dentro del Capítulo II "*De los delitos y cuasidelitos*", inserto a su vez en el Título IV, llamado "*De los compromisos que se hacen sin contrato*".

¿Cuál fue la característica principal de las reglas concernientes a la responsabilidad extracontractual en el Código Napoleónico? Pues que eran de corte subjetivista, para ello citamos dos de sus articulados: el Art. 1382° que establecía que "Cualquier acto del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel que lo ha hecho a repararlo", y el Art. 1383° que consideraba que: "*todos son responsables del perjuicio que han causado, no solamente por una acción suya, sino también por su negligencia o imprudencia*".

Vemos entonces como en ambas normas nos encontramos frente a una responsabilidad que opta por el sistema subjetivo<sup>14</sup>, sistema en el que la culpa es un factor necesario para la existencia de responsabilidad.

---

<sup>12</sup> ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Ob.cit. P. 199.

<sup>13</sup> Recordemos que el Código Civil Francés de 1804 recibió una fuerte influencia de la ilustración que tuvo como principales exponentes a Montesquieu, Denis Diderot, Voltaire y Rousseau quienes enaltecían los valores de la razón, la libertad, y el respeto por los derechos de las personas de manera individual. Así mismo la influencia de este cuerpo normativo es innegable no sólo en Europa (Bélgica, Holanda, Italia y España), sino también en América, donde algunos Estados trasladaron literalmente el Código Francés a su ordenamiento, este es el caso de Haití y República Dominicana (1826), y el Estado de Lousiana en Estados Unidos; por otro lado algunos países como Bolivia (Código Civil de santa Cruz de 1836), Costa Rica (Código Civil de 1841), Perú (código Civil de 1852), Chile (Código Civil de 1855), Nicaragua (1869), Ecuador, Colombia, y Venezuela (1873), Guatemala (1877), Honduras y El Salvador (1880) tuvieron una gran influencia del Código Napoleónico. Mayores referencias en: Código Napoleón (Código Civil Francés). 1ª ed. San José Costa Rica: IJSA. 2001. P. 26-27.

<sup>14</sup> Al respecto, DE CUPIS, Adriano. El daño. Traducción de la 2da. Ed. italiana. Barcelona: Bosh. 1970. P. 242. quien considera que el daño generalmente, "*(...) para entrar en la órbita de los hechos jurídicos, debe ir acompañado del factor psicológico de la culpa, más aún de una culpa de cierta entidad.*" Así mismo CHIRONI, citado en: BIANCA, Máximo. Diritto Civile. T.V. Milano: Giuffrè. 1994. P. 535., observaba a la culpa como un fundamento necesario de la responsabilidad civil y no como un requisito ocasional de ésta. Uno de los autores franceses que exalta las ventajas de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil es LE TOURNEAU, Philippe. La Responsabilidad civil. 1ra. Ed. en español. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Colombia: Legis. 2004. P. 28 y ss. Quien considera que la adopción de la culpa tiene **ventajas éticas**, fundadas en una visión humanista de la sociedad, también cuenta con **ventajas económicas**, fundadas en la libertad, en la facilitación del espíritu de iniciativa que impulsa la acción, y por último señala **ventajas prácticas** consistentes en la universalidad de las reglas aplicables a los supuestos específicos, y en la prevención de los daños.

Desde otro plano, en el Código Peruano de 1852 encontramos al artículo 2191° que establecía que *“Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo”*, así mismo encontramos al artículo 2210° que establecía que *“El que sin culpa alguna causa un daño, no está obligado a la reparación.”*

Hasta allí observamos dos códigos muy similares, que requerían de la presencia de la culpa para la imputación de responsabilidad a un sujeto, por tanto era responsable sólo aquel que era culpable en sus conductas.

Pero aquí no es donde acaba el análisis, puesto que en ambos códigos se observan otras normas que -en un primer momento- podrían hacernos pensar que nos encontramos frente a un sistema objetivo de responsabilidad, estos artículos en el Código napoleónico son:

*Art. 1384°.- “No solamente es uno responsable del daño que causa por su propio acto, sino también por el que se hace efectuado por personas de quienes es responsable, o por cosas que están bajo su garantía.- El padre y la madre, después de la muerte del esposo, son responsables de los daños causados por sus hijos menores, viviendo con ello.- Los amos y comitentes, lo son del daño causado por sus criados y apoderados en las funciones en que están empleados.- Los ayos y artesanos lo son del causado por sus discípulos y aprendices, durante el tiempo que están bajo su vigilancia.- la responsabilidad anteriormente expuesta, tiene lugar, a menos que el padre y la madre, los ayos y artesanos, no prueben que les ha sido imposible el evitar el hecho que da lugar a la responsabilidad”.*

*Art. 1385°.- “El dueño de un animal, o el que se sirve de él, por el tiempo de su uso, es responsable del daño que ha causado aquel, bien sea que estuviese bajo su custodia, o que se le hubiere separado o escapado.”*

*Art. 1386°.- “El dueño de un edificio es responsable del daño que cause su ruina, cuando ha tenido lugar como consecuencia de culpa suya o por vicio en su construcción”.*

Por otro lado, en el Código Civil de 1852 encontramos a los siguientes artículos, cuyo tenor es sumamente parecido a las normas del Código Francés antes citadas:

*Art. 2197°.- “El que vive en una casa es responsable de los daños que causen las cosas arrojadas de ésta; pero puede repetir contra el autor del daño”,*

*Art. 2191°.- “El padre y a su falta la madre están igualmente obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad.*

*El guardador, lo está por los perjuicios que causen sus menores o los incapaces que tiene a su cargo.*

*El maestro, por los que causen sus aprendices.*

*Y en general el que tenga a otro bajo su cuidado, por los daños que este cause.”,*

*Art. 2196°.- “El dueño de un edificio es responsable de lo daños que origina su caída, si esta ha provenido de falta de conservación o construcción”,*

*Art. 2192°.- “El dueño de un animal, o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar los daños que este cause; a no ser que se hubiese perdido o extraviado sin culpa del dueño.”*

Pareciera que estos últimos artículos citados en cada código, pertenecieran a un sistema objetivo, puesto que se imputa responsabilidad a los padres por los daños producidos por los incapaces a su cuidado, a los artesanos por los daños producidos por sus aprendices, al dueño del edificio que causó daños por el mero hecho de ser el propietario, así como se imputa responsabilidad por daños causados por el lanzamiento de cosas de una casa al que vive en dicha casa, por el mero hecho de vivir en ella; o de cosas que están bajo la garantía del responsable, lo mismo sucede en el caso de responsabilidad por los daños ocasionados por un animal. Pero

remontándonos a esa época tales normas si bien pudieron ser utilizadas como artículos que imputaban responsabilidad a determinados sujetos, sin que ellos sean necesariamente los “culpables” de los daños, la jurisprudencia, y la doctrina, por lo menos en el caso peruano, siempre consideraron que tales normas encontraban su base en una explicación subjetiva, es decir, si bien es cierto que los padres eran responsables por los daños ocasionados por los incapaces tenidos a su cuidado, los artesanos respondían por los daños cometidos por sus aprendices, y los propietarios de animales por los daños irrogados por éstos, estos supuestos de responsabilidad se basaban en una *culpa in vigilando*; así mismo la responsabilidad del dueño del edificio, se basaba en una *culpa in diligendo*, es decir este propietario debía haber cuidado mejor el edificio de su propiedad conservándolo en buen estado. Por último, con respecto a la responsabilidad del que vive en una casa, seguramente implicaba mayor diligencia de éste para impedir que otro arroje una cosa fuera de la casa, afirmaciones que para nuestro tiempo devienen en incongruentes, pero que para la época no lo eran.

Una lectura literal de dicho artículo resulta engañosa, puesto que haría creer al lector que nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, repito que dicha lectura sería engañosa, puesto que; **primero**, debe realizarse una lectura sistemática de los mencionados artículos interpretándolos conjuntamente con el primer párrafo del artículo 2191º, que establecía que no había responsabilidad sin culpa, y **segundo** porque si nos remontamos a la época debemos afirmar que en los Tribunales bastaba afirmar la falta de culpa del *maestro* (en el caso de responsabilidad de los maestros y artesanos por los daños causados por sus aprendices) para que fuese el *aprendiz* quien pagara la indemnización y no el maestro<sup>15</sup>. Lo mismo sucede en el caso de los daños producidos por caída de un edificio donde, en la práctica, luego de que el dañado o la víctima probara el daño, el nexo causal y la falta de conservación o construcción (en el supuesto de daño por caída de edificio), bastaba que el propietario del edificio comprobara que fue diligente en la conservación o construcción para no ser considerado responsable, lo mismo sucedía en los otros supuestos en los que sólo se requería comprobar un nivel de diligencia para no ser responsables por los daños.

Luego de concluir que aunque en la apariencia la responsabilidad en estos últimos artículos fuese objetiva, concluimos que en el trasfondo obedecían a una explicación subjetiva. Por tales motivos se reitera que el espíritu del código de 1852 en materia de responsabilidad civil era de corte netamente subjetivista, por lo menos durante todo el siglo XIX.

Lo anterior demuestra que la función de la responsabilidad civil se enfocaba a castigar al sujeto dañador, puesto que era él quien bajo su conducta ilícita, causaba daño a otro. La conclusión a la que arribamos encuentra también su fundamento en que en los países en donde no existe una fuerte credibilidad en el Gobierno, es éste quien tiene que fortalecer su poder, ¿cómo? pues imponiendo el respeto por las leyes mediante la conminación de conductas conformes con el ordenamiento jurídico, tal es el deber del respeto y obediencia que, quien no las cumple estará sujeto a una sanción<sup>16</sup>, se podría objetar que esta función sigue existiendo en todas las sociedades modernas, pero a pesar de encontrarse presente en la actualidad esta función sancionadora no constituye la razón de ser de la responsabilidad civil.

---

<sup>15</sup> El código al hablar de los “maestros” y “aprendices” hace referencia a los talleres, formas de industrias, aún incipientes, que poco a poco se irían transformando hasta llegar a convertirse en lo que ahora conocemos como empresas.

<sup>16</sup> Ello es advertido por ALPA, Guido. Ob. Cit. P. 199. quien expresa que “La reafirmación de la potestad estatal a través de la aplicación de una sanción, por citar un ejemplo, es propia de aquellas sociedades en las cuales se comienza a advertir el poder centralizador del estado”.

El papel cumplido por la responsabilidad civil en cuanto a la sanción era tomada en consideración de manera tal que, la intención del dañador no sólo era objeto de análisis al momento de determinar la existencia o no de responsabilidad, sino que también se tomaba en cuenta, al momento de determinar el *quantum* de la indemnización; es decir si éste actuaba con dolo se le otorgaba una suma mayor a la víctima y si actuaba con culpa se le otorgaba una indemnización menor.

Al afirmar que la sanción fue el papel principal cumplido por la responsabilidad civil en tal época, ello no implica que la función satisfactoria se encontrara ausente en el código, puesto que, de la lectura del artículo 2206° -cuyo texto es: *“La acción civil en otras especies de cuasi-delitos, se gradúa también por los daños causados y por las circunstancias del hecho”*- se desprende que, a efectos de cuantificación de la indemnización, se consideraba el grado de daños causados; claro que éstos se veían aminorados dependiendo del nivel de diligencia del dañador.

Por último, ¿cuál fue el papel cumplido por la función de distribución del daño?, pues la de trasladar los costos del daño de la víctima al responsable.

En resumen, desde un enfoque microsistémico, la responsabilidad civil durante el siglo XIX cumplió una función principalmente sancionadora, relevando a un segundo nivel la función satisfactoria y distributiva de los daños, puesto que esta distribución se realizaba teniendo en consideración quién era el culpable, cuánto de culpa había tenido el dañante y cuánto de culpa la víctima en la realización del daño.

La explicación precedente se encuentra enmarcada en un enfoque diádico porque sólo se observan los efectos de la responsabilidad civil en dos sujetos, el dañador y la víctima; pero ¿qué sucede con toda la sociedad?, ¿acaso las reglas de la responsabilidad civil le fueron indiferentes? La respuesta es un rotundo no, ya que el análisis desde este enfoque es lo que, al principio de la exposición, denominamos enfoque sistémico, función prácticamente ignorada por los estudiosos del Derecho durante el siglo XIX, sin que ello sea un obstáculo para que en la práctica la responsabilidad sí haya jugado un rol importante a nivel de toda la sociedad peruana.

Si recordamos lo establecido por el artículo 2191° que determinaba que *“Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo”*, dejamos en claro que el código de 1852 fue netamente subjetivista, y por ende el papel jugado por la responsabilidad cimentada en la culpa fue el de incentivar conductas, ¿cuál o cuáles conductas? Pues la de disuadir a las personas a no cometer actos dañosos, y al mismo tiempo el de incentivar la producción, la creación de industrias. Ejemplo de ello lo observamos con la lectura del cuarto párrafo del artículo 2191° que establece que *“El maestro, está obligado a subsanar los perjuicios que causen sus aprendices.”* Ya en líneas anteriores hemos concluido que dicho artículo tiene un fundamento subjetivo, en la culpa in vigilando, pero ahora agregaremos un argumento adicional, el que esta clase de responsabilidad subjetiva, al hacer que la prueba de la culpa en la que incurrió el dañante sea colocada como carga de la víctima hacía sumamente difícil para ella la comprobación de dicha culpa, y por ende el efectivo pago por concepto de resarcimiento.

¿Cuál fue uno de los instrumentos utilizados para incentivar este crecimiento industrial a lo largo de los años?,- tal vez sin que el legislador peruano lo notara- el criterio de la responsabilidad civil basada en la culpa, ya que resultaba demasiado engorroso para la víctima comprobar la existencia de culpa del sujeto dañante, lo que hacía menor la existencia de daños indemnizables precisamente por la dificultad de comprobar la culpa.

¿Qué sucedió con la función disuasiva de conductas? Ésta existía y cumplió un papel importante durante la vigencia de dicho Código, puesto que aquello que se quería hacer notar es que, mientras más diligentes seamos en la realización de nuestros actos habría menos probabilidades de daños, con lo que se evitarían un engorroso proceso judicial (en los supuestos de responsabilidad por culpa) y que es mejor evitar realizar actos dañinos, puesto que de realizarlos se debería de pagar una indemnización (en los supuestos de responsabilidad por dolo).

Con respecto a la función de distribución social del riesgo, en aquella época pasó desapercibida, ya que el análisis realizado por los estudiosos del Siglo XIX se limitaba a observar sólo a dos agentes, al sujeto dañante y a la víctima.

En resumen el papel cumplido por la responsabilidad civil durante el siglo XIX en el Perú, desde un enfoque macrosistémico, fue el de servir principalmente como mecanismo disuasivo. Esto es, por un lado se incentivaron las conductas enfocadas básicamente al crecimiento de las industrias y de la producción de bienes y servicios y por el otro se desincentivaron las conductas capaces de producir un daño.

### 3. Código Civil de 1936.-

¿Qué sucedió a comienzos del siglo XX? El derecho de propiedad dejó de ser visto estáticamente y comenzaron a protegerse las transacciones<sup>17</sup>, en aras de procurar un desarrollo en la industria, empezaron a crecer las fábricas, a cimentarse en el ámbito comercial, y con ello a aumentar el número de actividades riesgosas que a la vez eran necesarias para el desarrollo de la sociedad, es decir se observó la multiplicación de actos que a pesar de encontrarse permitidos por el Derecho –siendo por lo tanto lícitos- causaban daños. La aparición de estos daños producidos por actos y conductas aceptadas por el ordenamiento jurídico (y por ende lícitos) produjo dos consecuencias: *primero* logró la ruptura del esquema tradicional, seguido por muchas décadas, que consideraba que sólo existía responsabilidad por hechos ilícitos<sup>18</sup>, *segundo*, debido a que estos nuevos actos (que causaban daños) se realizaban en muchos casos de forma anónima<sup>19</sup>, resultaba para la víctima imposible o de muy difícil probanza demostrar quién era el causante del daño, es decir la carga de la prueba del daño, nexo causal y de la culpa, al recaer en la víctima, hacía que la imputación a un

---

<sup>17</sup> De esto nos habla RODOTÀ, Stefano. *Il Problema Della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè. 1964. P. 20. Quien agudamente narra que la culpa cumplió un rol preponderante en las sociedades en las que la técnica aún se encontraba incipiente, donde el concepto de propiedad se encontraba sustancialmente ligado a una visión estática de los bienes, que constituirían el objeto de protección del Derecho. Es decir el Derecho deja de proteger a la riqueza y comienza a proteger al intercambio de la riqueza. Del mismo modo FRANZONI, Massimo: “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”. Ob. Cit. P. 202, afirma que “*La autonomía negocial y la culpa no representaban otra cosa que el elemento fisiológico y el elemento patológico, respectivamente, de la acción voluntaria del sujeto de derecho, es decir, del propietario.*”

<sup>18</sup> FRANZONI, Massimo: “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”. Ob.cit. P. 202, nos recuerda que durante el reinado de la culpa como único criterio de imputación de responsabilidad “Se concebía al negocio jurídico como expresión de voluntad lícita, y al hecho ilícito como producto de una voluntad ilícita que tenía por fuente a la culpa, el problema aparecía cuando existían daños anónimos e inevitables por las actividades realizadas, donde resultaba imposible determinar qué conducta adoptó el dañante, es más era imposible determinar quién era el dañante, por ende esto implicaba una reducción del área de daños resarcibles”.

<sup>19</sup> Este es el caso de los **daños anónimos**, producidos cuando uno o varios de los trabajadores, en el ejercicio de sus funciones provocan un daño a un tercero; por ejemplo un sujeto “A” al ir cruzando la calle le cae un objeto en la cabeza, lo que le ocasiona daños, imaginemos que esta víctima deba de identificar al trabajador de la empresa que dejó caer el objeto, pues es muy posible que el dañado jamás logre saberlo, por ende en este supuesto era necesario que alguien se responsabilizara por tales daños, en este caso la persona jurídica.

sujeto determinado como causante del daño fuese imposible, ocasionando como consecuencia que el círculo de supuestos en los que los daños debían ser resarcibles se convierta cada vez en más y más limitado.

Es así como el dogma de la culpa se vio insuficiente para resolver los nuevos supuestos de daños, ante tales acontecimientos los jueces y en general los intérpretes del derecho, con el objetivo de contrarrestar el crecimiento de este círculo de daños que podían quedar impunes, empezaron a utilizar una serie de mecanismos para otorgar indemnizaciones a las víctimas, sin abandonar el principio: No hay responsabilidad sin culpa<sup>20</sup>. Tales instrumentos fueron en principio, **la inversión de la carga de la prueba, la presunción *iuris tantu* de culpa<sup>21</sup>, y en algunos supuestos, la presunción *iure et de iure* de culpa<sup>22</sup>**. Dichos mecanismos fueron empleados para supuestos merecedores de una imputación basada en un sistema objetivo, pero recordemos que en ese momento resultaba difícil, sino imposible, afirmar la existencia de responsabilidad civil sin culpa.

Otro mecanismo que permitió ampliar el círculo de daños resarcibles fue la transformación del concepto "culpa", que de una culpa subjetiva pasó a ser una culpa objetiva, es decir, de ser medida como intención o imprudencia del sujeto, pasa a ser medida realizando una comparación entre la conducta realizada por el dañador y el deber de diligencia preestablecido por el común de los sujetos. Así resultaba más sencillo, por no decir menos complicado, determinar cuándo un sujeto había actuado bajo cierto nivel de diligencia<sup>23</sup>.

Como vemos, poco a poco la función satisfactiva va tomando mayor importancia en el ámbito de la responsabilidad civil, ya que ante la mayor demanda de indemnizaciones por daños causados por actividades riesgosas se requerían nuevos mecanismos para otorgar tales indemnizaciones.

Es en estas circunstancias en las que se aprueba el segundo Código civil, el de 1936, cuyo anteproyecto a pesar de ser de corte objetivista, no logró concretizarse debido a la influencia y oposición de la doctrina mayoritaria, que se resistía abandonar el principio: no hay responsabilidad sin culpa. Tal es así, que el Título IX correspondiente a las normas sobre responsabilidad civil del nuevo código se denominó "*De los actos ilícitos*". También se mantiene el tenor del derogado artículo 2191° del Código de 1852, plasmado ahora en el artículo 1136° del código de 1936, que establecía:

---

<sup>20</sup> Esta respuesta por parte de los intérpretes, aún renuentes a abandonar el dogma de la culpa, a pesar de existir nuevos supuestos en los que ésta aparecía como insuficiente, comenzó en Europa, en palabras de Savatier: "*Sobre el plano doctrinario la creciente insuficiencia de la responsabilidad por culpa para resolver adecuadamente los problemas de la masificación de los daños no ha impedido a una parte de nuestra literatura jurídica el permanecer fiel a la concepción ética, que fundamenta la responsabilidad extracontractual sobre el principio de la culpa subjetiva.*" En: BIANCA, Massimo. Ob. Cit. P. 537.

<sup>21</sup> La distinción entre prueba absuelta mediante presunciones e inversión de la carga de la prueba lo realiza FRANZONI, Massimo: "*La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones*". Ob.cit. P. 195. Quien aclara que "*Si existe una presunción, la carga se impone a la parte que actúa, según los principios generales. Con todo, dicha carga se facilita, porque se da por probado el hecho constitutivo, en ausencia de una prueba en contrario. Si existe inversión de la carga de la prueba, el actor debe demostrar un hecho que es productivo de efectos, sin que se impida al demandado alegar circunstancias de impedimento.*"

<sup>22</sup> Esta evolución es expuesta magistralmente por DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: "*La responsabilidad extracontractual en la historia.*" En: Responsabilidad Civil: Nuevas tendencias, unificación y reforma: veinte años después. Lima: Palestra Editores. 2005. P. 25-26.

<sup>23</sup> *Ibidem*. P. 27. Afirma que "*Esta nueva modalidad de la culpa, convertida en una patrón universal e independiente de la conducta específica de cada uno de los involucrados, se afirma por encima de la "inocencia" del causante y objetiviza la responsabilidad a través de lo que se consideran conductas aceptables en determinadas situaciones para cualquier hombre racional y avisado, más allá de lo que haya pasado por la mente del causante al momento del daño.*"

*“Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”*, la diferencia entre los dos códigos se encontraba en que se derogó el artículo 2210° del código de 1852 que establecía que nadie se encontraba obligado a reparar un daño si obró sin culpa; es decir, si bien no se afirmaba de manera expresa, se admitía tácitamente la posibilidad de existencia de responsabilidad civil basada en un sistema objetivo.

Así mismo, se incorpora el artículo 1138° que establecía que: *“Cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos”*. Y el artículo 1140° que establecía que: *“En caso de daño causado por un incapaz privado de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener la reparación de la persona que lo tiene bajo su guarda, el juez puede, en vista de la situación de las partes, condenar al mismo autor del daño a una indemnización equitativa.”* ¿Qué se desprende de las normas leídas? pues, un alejamiento de la función punitiva y sancionadora de la responsabilidad civil, ya que lo que se quiere es resarcir -en la medida de lo posible- a la víctima sin que ello implique la imposición de una pena para el dañador, lo que se pretendía entonces era resarcir el daño y no de encontrar una nueva víctima. En otras palabras, si la responsabilidad civil tuviese como función principal la de sancionar, entonces el resarcimiento se otorgaría en función del grado de culpa y no del daño sufrido realmente por la víctima, supuesto que no sucede en la realidad en materia civil. También se observa la preocupación por resarcir el daño, incluso con el patrimonio del incapaz quien, no podía, ni puede ser responsable por los daños que produce.

Con respecto a la responsabilidad de los padres, tutores o curadores por los daños cometidos por sus hijos incapaces, o por las personas sujetas a su guarda, se afirmaba tal responsabilidad sin que sea necesario probar la culpa, esta es la solución adoptada por muchos jueces para lograr hacer frente a estos supuestos sin necesidad de mencionar a la culpa (impregnada en el ambiente ideológico de la época).

En cuanto al artículo que imputaba responsabilidad al dueño de un animal por los daños que éste ocasione, se suprime la frase *“a no ser que se hubiese perdido o extraviado sin culpa de su dueño”*, por *“a no ser que pruebe que el accidente tuvo lugar por el hecho de un tercero”*, con lo que se observa también la renuncia al término “culpa” como factor determinante para la imputación de responsabilidad a un sujeto.

La culpa se sigue utilizando como el principal factor de atribución de responsabilidad del dependiente, en los supuestos de responsabilidad de los principales por actos de sus dependientes, es decir, el principal podía eximirse de responsabilidad si alegaba la falta de negligencia o el cumplimiento de diligencia de su dependiente, ejemplo de ello lo observamos en la Sentencia del 16 de setiembre de 1953 en la que se concluye que *“Es responsable por acto ilícito el establecimiento de farmacia que, por negligencia de sus servidores, vende a un cliente sustancia venenosa en lugar de un medicamento, la que le ocasiona la muerte”*<sup>24</sup>.

A pesar de encontrarse aún impregnado el principio: no hay responsabilidad sin culpa, los jueces en la práctica ante la insuficiencia de las normas comienzan a darles una interpretación objetiva a algunos supuestos; ya que en principio se consideró que *“La indemnización por accidentes de tránsito se resuelve en la vía civil contra los dueños*

---

<sup>24</sup> Sentencia del 16 de setiembre de 1953, “R. de J.P.”, 1953, P. 1238 y ss. En Código Civil por Jorge Eugenio Castañeda, Lima: Mejía Baca editor, 1955, p. 309 y ss.

de los vehículos, independientemente de la instrucción abierta contra sus pilotos”<sup>25</sup>, ello quiere decir que no interesaba que el piloto sea o no culpable, para la entrega de una indemnización a las víctimas, sino sólo bastaba comprobar que el dueño del automóvil era un sujeto determinado para que pagara a la víctima la indemnización, lo que nosotros observaríamos en la actualidad como un criterio de imputación objetivo. Si bien en algún momento se hizo mención a la teoría del riesgo, ésta sólo se realizó para deslegitimar dicha teoría, puesto que, de haberse adoptado este criterio se concluiría que: al cruzar la víctima, la calle con imprudencia, ésta asumió el riesgo de ser atropellada, por lo que -según esta doctrina- sería lógico que sea la propia víctima quien asuma los costos del daño. En la realidad esta teoría no se adoptó, ya que a pesar de que la propia víctima causó el daño al cruzar intempestivamente la pista, ésta igualmente debía de ser indemnizada, la única diferencia se encontraba en la reducción del monto<sup>26</sup>.

Pero ante este intento de objetivizar los supuestos de imputación de responsabilidad civil, otra vez aparecía el concepto “culpa” que era tomada en consideración al momento de determinar el *quantum* indemnizatorio, “disminuyéndose el monto de la reparación civil si el damnificado contribuyó a que se produjera el daño”<sup>27</sup>.

¿A qué conclusión podemos arribar luego de leer este conjunto de decisiones jurisdiccionales? Pues que desde un enfoque microsistémico la responsabilidad civil evoluciona del sistema subjetivo basado en la sanción a un sistema objetivo basado en la satisfacción; paralelamente a ello, se observa la existencia de ciertas dudas al aplicar el sistema objetivo, ya que se utiliza erróneamente la culpa de la víctima para cuantificar el daño<sup>28</sup>. Por tanto si bien la función principal era la de satisfacer a la víctima, ello no le quitaba importancia a la culpa a efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio.

Desde un enfoque macrosistémico la función que prevaleció fue la función disuasiva de conductas, tendentes a evitar hechos dañosos, puesto que, por un lado el dañador debía de adoptar las medidas necesarias para evitar futuros daños porque de no hacerlo aumentaba las posibilidades de daños, daños que al final de cuenta serían asumidos por él. Por otro lado, la víctima debía de ser más prudente en su actuar para evitar los daños, porque de no hacerlo así, a pesar de que recibiría una indemnización -en el eventual caso de salir dañada- el monto se vería reducido por su actuar. Con respecto a la función disuasiva de conductas, al encontrarse las empresas en mejores condiciones que sus antecesoras, se prefirió un sistema objetivo con el fin de brindar

---

<sup>25</sup> Sentencia, 23 Junio 1942, “R. de los T.”, 1942, P.177 y ss. En el mismo sentido se resuelve en las Sentencias del 8 de junio de 1945. “A.J.”, 1945, P. 202 y ss; en la Sentencia del 26 de marzo de 1946, “A.J.”, 1946, P. 286 y ss; Sentencia del 21 de noviembre de 1947, “R. de J. P.”, 1948, P. 232 y ss; y sentencia del 31 de diciembre de 1948, “R. de J.P.”, 1949, P. 377 y ss. Sentencia del 12 de noviembre de 1941, “R. de los T.”, 1941, P. 421 y ss. Sentencia del 27 de setiembre de 1947, “R. de J.P.”, 1948, P. 800 y ss. Sentencia del 23 de mayo de 1949, “R. de J. P.”, 1949, P. 529 y ss. Sentencia del 18 de abril de 1950, “R. de J. P.”, 1950, P. 603 y ss. *Ibíd.*

<sup>26</sup> Sentencia del 14 de julio de 1945, “R. de los T.”, 1945, P. 329 y ss. *Ibíd.*

<sup>27</sup> Sentencia del 17 de abril de 1948, “R. de J.P.”, 1948, P. 304 y ss. *Ibíd.*

<sup>28</sup> Si se tomara a la función sancionadora como predominante, el monto indemnizatorio variaría en función de la culpa del dañante, una clara manifestación de dicho criterio lo encontramos en los daños punitivos o *punitive damages*, teoría aplicable en los ordenamientos del Common Law y que tiene por objeto sancionar al dañante para que éste no vuelva a cometer tales actos culposos o dolosos, que en un primer momento le resultaron beneficiosos. Un caso emblemático de la aplicación de esta doctrina la encontramos en el caso McDonald donde la Corte de Alburqueue (Nuevo México. EEUU) ordenó el pago a la víctima la suma de \$.2.7 millones de dólares por concepto de daños punitivos. Si bien esta teoría se puede aplicar en países como los EEUU, en el Perú y en general en los países que siguen el modelo del Civil Law esta doctrina no encuentra aplicación, ya que en estos países existe un principio que debe ser respetado, el de no enriquecimiento de la víctima a expensas de los responsables, ya que esto incentivaría a su vez la producción de daños por parte de las propias víctimas con tal de conseguir una indemnización cuyo monto sea mayor al daño efectivamente sufrido por ellas.

una indemnización por los daños causados, observando así una menor protección a estas empresas, y una mayor protección a las víctimas, en comparación con el anterior sistema.

En cuanto a la distribución social del riesgo, -que deja de lado la atención puesta en el sujeto dañante para poner atención, ahora, en el sujeto que ha creado el riesgo<sup>29</sup>- las empresas sí realizaron una distribución social de este riesgo. Recordemos que el ámbito que permitió el realce de esta función fue el ámbito de los accidentes de trabajo, y de los daños producidos por los dependientes de una empresa a terceros<sup>30</sup>, observándose también en los tribunales que, a pesar de contar con un código subjetivista, fueron de algún modo objetivistas al utilizar estándares de culpa muy estrictos, estándares muy difíciles de satisfacer o, simplemente, aplicando la teoría objetiva fundamentándose en la existencia de la palabra “*hechos*” expresada en el artículo 1136° del Código de 1936.<sup>31</sup>

Como hemos podido advertir, cada vez se va acentuando más y más el sistema objetivo de responsabilidad, sobretodo en la práctica, observándose con ello la prevalencia de la función satisfactoria quitándole protagonismo a la función sancionadora.

#### 4. Código Civil de 1984.-

En los albores de legalizar un sistema objetivo sin desaparecer el sistema subjetivo tan arraigado en nuestro ordenamiento, se promulga nuestro Código Civil vigente, cuya sección sexta se titula “*Responsabilidad extracontractual*”, en la que se observan dos sistemas en materia de responsabilidad civil, uno subjetivo contenido en los artículos 1969°, 1978° (Responsabilidad del que incita o ayuda a la producción de un dolo), 1973° (reducción de indemnización por concurrencia de imprudencia), 1982° (responsabilidad por denuncia calumniosa); y otro objetivo contenido en los artículos

---

<sup>29</sup> ALPA, Guido. Nuevo tratado de la responsabilidad Civil. Ob. Cit. P. 202-203, explica claramente cómo a partir de la función de la distribución social del riesgo, se deja de lado la concepción de que “(...)el juicio de responsabilidad no se extiende a nadie que no sean los sujetos inmediatamente interesados, es decir, al damnificado y al dañador (en tanto autor del daño)”. Y se admite ahora que son todos los sujetos interesados en la realización de la actividad potencialmente dañosa quienes deberán soportar sus cargas, y asumir por lo tanto, la obligación del resarcimiento.

<sup>30</sup> TRIMARCHI, Pietro. Rischio e Responsabilità Oggettiva. Ob.cit. P. 12. Quien se refiere a la evolución sufrida por la responsabilidad civil, de la culpa al riesgo, observa que ahora la grandes industrias modernas han sustituido los esporádicos hechos dañosos, los daños domésticos, los daños producidos en las usuales labores campesinas o los producidos por dependientes de pequeñas empresas artesanales, supuestos que ahora se han visto sustituidos por los daños ocasionados los actos del dependiente, o de los automóviles, o de las máquinas utilizadas dentro de esa determinada empresa.

<sup>31</sup> BULLARD González, Alfredo: “*Responsabilidad civil y subdesarrollo*”, En: Derecho Civil Patrimonial, Lima: PUCP, 1997, p. 248. Es oportuno mencionar que durante aquella época, los profesores Olaechea y Calle consideraban que el Código de 1936 contenía -junto al sistema subjetivo-, un sistema objetivo, basándose en el artículo 1136° de dicho código, que establecía que: “*Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a indemnizarlo*”, es así como desdoblaron este enunciado en tres supuestos de hecho: “*el que por sus hechos cause un perjuicio...*”, “*el que por descuido cause un perjuicio...*”, y “*el que por imprudencia cause un perjuicio...*”, el primero de estos supuestos -afirmaban estos autores- hacía referencia a daños causados por meros hechos carentes de toda esencia subjetiva, porque el tenor del artículo no hacía referencia a *hechos ilícitos*, sino sólo a *hechos* debiéndose entenderse como una manifestación de un sistema objetivo. Tal interpretación no resulta del todo acertada, ya que olvida completar lo expresado en el artículo 1136 con todo el ordenamiento jurídico, con la jurisprudencia y con la doctrina donde aún se encontraba muy arraigada la idea de culpa como presupuesto de responsabilidad civil. Dicho análisis lo encontramos en DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. 7ª. ed., 1ª. Reimpresión, T.1, Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2003. P. 100-101.

1970° (responsabilidad por bienes y actividades riesgosas o peligrosas<sup>32</sup>), 1972° (supuestos en los que no existe la obligación del pago de una indemnización: caso fortuito, hecho determinante de tercero e imprudencia de la propia víctima), 1975° (Responsabilidad solidaria del representante legal y de persona incapaz con discernimiento), 1976° (responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento), 1979° (responsabilidad del dueño de un animal por los daños causados por éste), 1980° (responsabilidad del dueño de un edificio por la caída de éste), 1981° (responsabilidad por los actos del subordinado)<sup>33</sup>, y leyes especiales como la Ley de protección al consumidor (por responsabilidad por productos defectuosos), Ley General de Transporte y tránsito terrestre (por responsabilidad por accidentes de tránsito), el Reglamento Nacional de Administración de Transportes<sup>34</sup> (por responsabilidad por pérdida de equipaje y mercaderías en los contratos de transporte terrestre), entre otras.

Al encontrarnos frente a un modelo jurídico que combina ambas clases de responsabilidad, encontramos también diversas funciones dependiendo del sistema adoptado para la resolución de un caso específico. En cuanto al sistema basado en la culpa, esto es, el sistema subjetivo; se afirma que, desde una óptica microsistémica, el papel preponderantemente asumido por la responsabilidad civil es el rol satisfactorio y no sancionador, y desde una óptica macrosistémica se afirma que la responsabilidad civil asume un papel disuasivo, conocido en el Derecho anglosajón bajo el nombre de *deterrence*. Ello significa que, todo aquel que pretenda realizar un acto dañoso lo pensará dos veces, puesto que sabrá que su actuar será sancionado por el derecho, así mismo quien a pesar de no haber planeado hacer daño a otro, lo hace de forma no dolosa, deberá ser diligente en su actuar adoptando medidas mínimas de seguridad para que su comportamiento no produzca daños a terceros.

Dentro del sistema objetivo, donde basta probar el daño y el nexo causal para imputar responsabilidad, sin que para ello sea necesaria la presencia culpa del agente. El juez no debería preguntarse por el nivel de diligencia del agente en su actuar para determinar si se debe o no otorgar una indemnización, tampoco debería considerar a la culpa para determinar el *quantum* a pagar, y a pesar de que debería basarse sólo en el daño efectivamente realizado a la víctima para cuantificar el daño, ello en la práctica no sucede siempre.

Si bien se considera que la función satisfactoria, desde el punto de vista microsistémico es el predominante dentro del sistema objetivo y subjetivo de la responsabilidad, ésta función se enfrenta a dos problemas. El primero de ellos se debe al mal entendimiento de la función satisfactoria basado en el principio solidarístico, y el segundo problema aparece con la mala aplicación de los jueces del sistema subjetivo, puesto que en vez de tomar en consideración el daño efectivamente realizado a la

---

<sup>32</sup> Las críticas al concepto "*bienes riesgosos o peligrosos*", son dos, en primer lugar se debió utilizar la palabra "*cosas*" y no la de "*bienes*", que es un concepto más amplio, y en segundo lugar porque en realidad las cosas no son por sí mismas ni riesgosas, ni peligrosas. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser León Hilario: "*Comentario al Art. 1969 del Código Civil*". En Código Civil comentado. T.X. Lima: Gaceta Jurídica. 2007. P.75-80. También disponible en Internet con el nombre de "*La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*" en: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=leysser\\_leon](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=leysser_leon).

<sup>33</sup> El criterio que considera que nuestro ordenamiento jurídico adopta dos cláusulas generales de responsabilidad extracontractual, uno subjetivo, expresado en el artículo 1969° y otro objetivo, expresado en el artículo 1970, es adoptado por autorizada doctrina peruana. En dicho sentido se encuentran los profesores: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser León Hilario: "*Comentario al Art. 1969 del Código Civil*". Ob.cit. P.60-106. En el mismo sentido ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La Responsabilidad Civil". Ob.cit. P. 145 y ss. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Ob.cit. P. 169.

<sup>34</sup> (D. S. No. 040-2001-MTC)

víctima toman en cuenta también la conducta del agente, con lo cual se debilita la función satisfactoria frente a la función sancionadora.

Con respecto al primer problema, el principio solidarístico de la responsabilidad debe ser analizado no sólo desde un enfoque microsistémico, por el que siempre la víctima debe ser resarcida, sino también, este principio, debe de ser observado desde un enfoque macrosistémico donde se deberá analizar el perjuicio que el resarcimiento de una determinada víctima puede causar a los demás miembros de una sociedad, ello significa que habrían casos en los que se preferirá el perjuicio de algunos con tal de obtener beneficios para la mayoría en ese momento o en un tiempo futuro.<sup>35</sup>

En lo concerniente al segundo problema ¿es verdad que en el sistema subjetivo existe una prevalencia de la función satisfactoria frente a la sancionadora?, pese a que muchos códigos y ordenamientos jurídicos han eliminado la segunda función mencionada del ámbito de la responsabilidad por considerarlo parte del Derecho penal o en todo caso del Derecho administrativo<sup>36</sup>, en el Perú los jueces aplican estas dos funciones a la vez, podríamos afirmar, incluso, que en muchos casos hacen prevalecer la función sancionadora frente a la satisfactoria. Es decir, el juez al decidir sobre una demanda de indemnización por responsabilidad subjetiva, si el demandante solicita la suma de por ejemplo, S/.50,000 soles, S/.20,000 concernientes a daños estimables y S/.30,000 concernientes a daños no estimables (lo que muchos denominan daños extrapatrimoniales por provenir de lesiones a derechos extrapatrimoniales), el juez otorgará el monto pedido o tal vez menos como S/.40,000, sólo si medió dolo; ahora si medió culpa grave entregará un monto menor que si hubiese existido dolo como por ejemplo S/.30,000, y si el agente obró con culpa leve, entregará aún un monto menor a la víctima, a la que hubiese recibido si el agente hubiese actuado con culpa grave digamos S/.20,000. Como vemos, dicho monto fue el pedido inicialmente por los daños patrimoniales irrogados, convirtiendo en inexistente una indemnización por daños extrapatrimoniales, si le preguntamos a un juez, el porqué de tal decisión nos contestaría: “yo no puedo entregar más de lo que me piden, y tampoco puedo imponer una pena mayor a aquél que actuó con culpa, como si hubiese actuado con dolo”.

En resumen, desde un enfoque microsistémico nuestro ordenamiento jurídico actual en los supuestos de responsabilidad civil derivada de un sistema objetivo cumple una función satisfactoria, y la responsabilidad civil derivada de un sistema subjetivo cumple una función satisfactoria y a la vez sancionadora; en estos últimos casos la responsabilidad cumple una función satisfactoria al momento de imputar responsabilidad, es decir al momento de determinar si hubo o no responsabilidad, y cumple una función sancionadora al momento de determinar el *quantum* indemnizatorio.

---

<sup>35</sup> En palabras del Dr. Fernández Cruz, “El gran problema –ya lo hemos indicado- radica en la visión miope de la responsabilidad civil que cree que el principio solidarístico que la sustenta se agota en la perspectiva diádica de aquélla, (...) En realidad, el principio solidarístico de la responsabilidad civil, desde su perspectiva sistémica, justifica –como excepción- el sacrificio de uno o más individuos en aras del bienestar social: a veces y, sólo cuando es indispensable, el sacrificio de uno (víctima) puede llegar a significar el beneficio de todos, evitando con ello la multiplicación de daños y la generación de nuevas víctimas en el futuro”. En: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: “Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: la óptica sistémica (análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law)”. En: Estudios sobre la responsabilidad Civil. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. Lima: Ara Editores. 2001. P. 255.

<sup>36</sup> Un análisis más agudo lo realiza FRANZONI, Massimo. *Fatti Illiciti*. A cura de Francesco Galgano. Bologna: Zanichelli editore. 1993. P. 6. quien considera que la función de la responsabilidad civil es la de reaccionar ante un ilícito che ve en el daño injusto el elemento dominante, mientras que la función de la responsabilidad penal es la reaccionar contra un comportamiento contrario a la ley. La responsabilidad civil causa el resarcimiento del daño la responsabilidad penal importa la condena a una pena criminal: el primero tiende a compensar a la víctima por la pérdida calificada como daño resarcible; la segunda apunta a punir y reeducar al reo, y al mismo tiempo, busca garantizar la tutela de la colectividad.

Ahora bien, desde un enfoque macrosistémico, la responsabilidad civil cumple en esencia, una función desincentivadora de conductas en los supuestos de responsabilidad subjetiva, puesto que si un sujeto sabe que la conducta realizada por falta de diligencia ocasiona un daño, sabe también que deberá indemnizar, con lo cual “*aparentemente*”, se estaría desincentivando conductas negligentes. Resalto la palabra *aparentemente* porque en realidad no se está tomando en consideración nuestro deficiente Poder Judicial, que se tarda una eternidad en resolver una causa, a veces es cuestión de suerte recibir un fallo declarando fundada la demanda, más suerte implica un monto indemnizatorio por el daño realmente sufrido, más suerte aún implica que no se tarde demasiado en resolver la causa, y lo más difícil, una vez que tenga la víctima una sentencia a su favor, en la realidad ésta pueda concretizarse, es decir que el dañador pague; supuesto que en el Perú no es muy frecuente.

A modo de reflexión: ¿Qué sucede con la función disuasiva de la responsabilidad civil en los supuestos de responsabilidad objetiva?

Antes de contestar a esta interrogante es necesario diferenciar entre los supuestos donde sí se puede aplicar la distribución social del riesgo<sup>37</sup> como la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad por accidentes de tránsito, entre otros donde existe un fundamento solidarístico consistente en que todos los beneficiados - de alguna manera con la actividad- tienen que soportar la carga del riesgo a favor de aquellos que podrían ser dañados con el desarrollo de dicha actividad. Desde el otro plano nos encontramos frente a supuestos en los que la aplicación de dicha distribución social del riesgo, es inexistente, como sucede con los casos de responsabilidad de los padres por los daños cometidos por sus hijos o los supuestos de responsabilidad por los daños ocasionados por un animal, donde hay responsabilidad objetiva sólo porque lo determina la ley en aras de satisfacer la demanda de la víctima.

Repetimos, estos supuestos tienen por finalidad el resarcimiento de los sujetos dañados no siendo lógico alegar que los padres asumen un riesgo, el de indemnizar a las víctimas por los daños ocasionados por sus hijos, al beneficiarse de la especial situación de ser padres. Más bien, en éste último supuesto, como es la sola ley quien determina quién será el responsable por determinados actos, se observa la prevalencia de la función satisfactoria dentro de una visión diádica, en cambio ya dentro de un enfoque sistémico podríamos concluir que esta norma incentivaría a los padres a tomar medidas preventivas para evitar los daños que sus hijos, podrían ocasionar, lo mismo para el caso de los daños producidos por animales.

El problema aparece con el primer supuesto, donde existe responsabilidad objetiva basada en la distribución social del riesgo, veamos sus efectos:

Se ha afirmado ampliamente que el sistema objetivo de responsabilidad civil cumple una función preventiva de conductas, ello se cumple siempre y cuando 1). la tecnología de prevención sea “unilateral”, 2). el resarcimiento para la víctima tiene que

---

<sup>37</sup> Es importante resaltar que aquí se hace mención a la **distribución social del riesgo** y no a la **distribución de los costos del daño**, ya que son conceptos distintos que no deben confundirse, puesto que el primero es una función enmarcada desde un enfoque macrosistémico donde es posible trasladar los costos del daños, a los todos los sujetos que asumen un determinado riesgo al beneficiarse con la actividad que les podría ocasionar cierto daño, como por ejemplo los casos de los seguros, o el caso de los consumidores dañados por productos defectuosos; en cambio en el segundo caso, nos encontramos frente a un análisis diádico donde la función de la responsabilidad civil se circunscribe en el traslado de los costos del daño de la víctima hacia el verdadero responsable, que puede ser el dañante, la propia víctima o un tercero.

ser “perfecto”,<sup>38</sup> y 3). debe quedar claro, *ex ante*, quiénes son el dañador y las víctimas potenciales. Pues bien, lo anterior hace posible que el dañador internalice el riesgo dentro de sus costos, es decir, el dañador potencial sabe que si opta por mecanismos de prevención adecuados disminuirá las posibilidades de daños futuros, por lo que es *racional*, optar por mecanismos que disminuyan el riesgo de un futuro daño, ello se logra, por ejemplo con inversión en mejores máquinas, contratación de personal calificado, aumento de la tecnología empresarial, revisión permanente del trabajo realizado, etc. Claro, tal afirmación funciona perfectamente en una sociedad industrializada, donde los sujetos que internalizarían ese riesgo serían grandes entidades, empresas que cuentan con un equipo especializado y que pueden costear el estudio del mercado desde un punto de vista macroeconómico donde es obvio que preferirán invertir en algo que a largo plazo hará aumentar sus ingresos. Hasta aquí se ha realizado un análisis interno, dentro de la empresa y de su repercusión en los sujetos consumidores, pero no se ha observado aún algunos factores externos decisivos para poder afirmar que este efecto preventivo tenga éxito ¿cuáles son estos factores externos? Pues el funcionamiento de los organismos encargados de hacer respetar los derechos vulnerados, como lo es en nuestro país, el Poder Judicial.

En efecto, al escuchar hablar a los peruanos del pésimo funcionamiento del Poder Judicial, de lo lento, de lo corrupto, y de lo ineficaz que es, podremos darnos cuenta del porqué en muchos casos este efecto preventivo de los daños y a la vez disuasivo, (disuasivo porque incentivará a la adopción de conductas que eviten el crecimiento de riesgos de daños, y porque logrará que los sujetos realicen conductas que podrían ser perjudiciales a terceros), se rompe frente a factores externos. Por ejemplo, tomando como premisa que toda empresa, o todo negocio, por más pequeño que sea quiere aumentar sus ingresos, siendo en dicho modo un agente racional, razonará de la siguiente manera: Si gasto en mecanismos preventivos de daños aumentaré los costos de elaboración del producto, lo cual no me convendría porque tendría que elevar el precio final del producto, y talvez ello ocasione que la demanda de dicho producto disminuya por el aumento de su precio, pero tengo que hacerlo porque si no lo hago a la larga los consumidores dañados me pedirán una indemnización, pero como estamos en el Perú y aquí todo se puede solucionar en el Poder Judicial, entonces yo sé que esas demandas por indemnización no prosperarán por lo que me arriesgo a no utilizar mecanismos preventivos aptos para la disminución del riesgo de ocasionar daños, lo que a la larga me hará ganar más ingresos, ya que el producto no subirá de precio haciendo que la demanda siga igual y que a su vez no tenga que pagar indemnizaciones a los posibles dañados (por lo menos no a todos). El mismo razonamiento es aplicado para la adopción de los sistemas de seguros, donde la prima aumentará en función a la variación (sea disminución o aumento) del número de casos en los que se presenta un daño resarcible.

Pero este no es el único problema al que se enfrenta al responsabilidad civil en el Perú, sino que adicionalmente a la ineficacia del Poder Judicial, adviene otro problema consistente en que aquí el mayor número de agentes económicos que podría internalizar estos costos, lo conforman las pequeñas empresas que cuentan con un

---

<sup>38</sup> “Que el resarcimiento sea perfecto depende de la jurisprudencia. Si los jueces no conceden resarcimientos perfectos, el comportamiento futuro de los dañadores y de las víctimas potenciales puede ser ineficiente. Los dañadores potenciales podrían adoptar prevenciones excesivas (en relación con la frecuencia y gravedad de los accidentes que se producen) si los jueces concedieran resarcimientos demasiado elevados. En oposición, si los jueces otorgan resarcimientos insuficientes, los dañadores potenciales adoptarán prevenciones insuficientes, y las víctimas se verán ineficientemente forzadas a asegurarse por sí mismas, y de un modo excesivo, para evitar ciertas situaciones; las víctimas estarán obligadas, en resumen, a ser excesivamente prudentes en sus actividades.” MONATERI, Pier Giuseppe: “Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo” En: Estudios sobre la responsabilidad Civil”, Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Lima: Ara Editores. 2001. P. 125 y ss.

capital bajo, y las organizaciones de personas no inscritas que, en su mayoría actúan en el ámbito de la informalidad, lo cual hace aún más difícil la distribución de los riesgos por dos razones, *primero* no cuentan con una base económica sólida para contratar los servicios de agentes especializados para el estudio del mercado y así determinar cuánto es el nivel de probabilidades de la producción de daños en la venta de un determinado producto o en el ofrecimiento de un determinado servicio; y *segundo* porque a sabiendas que el adoptar menos medidas preventivas de los daños, aumentará el riesgo de éstos, no adoptan dichas medidas porque aumentaría el precio de su producto y disminuiría sus ganancias, lo cual no tendría sentido realizar si conocen que al final de cuentas no pagarán ninguna clase de resarcimiento a las posibles víctimas.

En otras palabras estos pequeños empresarios piensan de la misma manera que las grandes empresas formalizadas, ya que el dinero cobrado al internalizar el riesgo en sus costos en vez de ser utilizados en tecnología y en otros mecanismos de prevención del daño, o disminución del riesgo, prefieren guardárselo en los bolsillos, por diferentes motivos, ya sea porque necesiten ese dinero para su subsistencia, o simplemente porque quieren acrecentar sus ganancias a corto plazo, y como conocen que en el Perú, de todos los dañados no todos demandarán una indemnización, y como además saben que el sistema judicial es lento, engorroso y deficiente, una decisión tardará una eternidad; también consideran el hecho que un proceso es costoso en dinero y tiempo, y si además le sumamos el hecho de que estas pequeñas empresas -la gran mayoría de ellas- informales, al no contar con un capital grande, no se preocupan, puesto que a pesar de declararse fundada una demanda, la indemnización posiblemente no sea pagada en su totalidad, puesto que el pequeño capital no sea suficiente para pagar dicho monto.

Por ende, si bien desde un punto de vista racional, podríamos afirmar que la responsabilidad civil está cumpliendo en la actualidad con un papel disuasivo de conductas en cuanto a la adopción de medidas preventivas óptimas para la disminución del riesgo de daños, ello sucedería sólo en el ámbito de la formalidad si se contara con un eficaz Poder Judicial, pero no en el ámbito de la informalidad, ni en la mayoría de empresas formales que a la vez son pequeñas, quienes están más preocupados por acrecentar sus ganancias a corto plazo por necesidad<sup>39</sup>.

Este breve ensayo sólo tuvo por finalidad llamar a una reflexión con respecto a los mecanismos que fueron y son implantados en el Perú así como los mecanismos que debieron ser y deben ser insertos en nuestras normas jurídicas; además el de resaltar que un modelo jurídico adoptado por una sociedad determinada en un momento específico, no siempre tendrá los mismos efectos si al implantarse en otra sociedad, por lo que es de vital importancia que nuestros legisladores estudien pormenorizadamente el contexto histórico y social en los que se enmarcan tales mecanismos, como lo es el trabajo de nuestro sistema judicial, y por supuesto los niveles de pobreza por los que atraviesan la mayoría de los peruanos que hacen que éstos creen negocios informales.

---

<sup>39</sup> Lo afirmado comprueba que la adopción de un sistema objetivo de responsabilidad civil no soluciona *per se* el problema del riesgo, ni de los daños.