

# ANEXO DE LECTURAS

# CURSO "RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL"

# LECTURAS OBLIGATORIAS

## INTRODUCCION

1) DEL DERECHO DE LA GUERRA Y DE LA PAZ. Hugo Grocio.

# DEL DERECHO

# DE LA GUERRA Y DE LA PAZ

DE

# HUGO GROCIO

VERSIÓN DIRECTA DEL ORIGINAL LATINO POR

**JAIME TORRUBIANO RIPOLL**
de la Facultad de Teología y Profesor de Derecho matrimonial
en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

## TOMO III

Contiene los capítulos XVII-XXVI del *Libro segundo*
y los I-III del *Libro tercero*

MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)
CAÑIZARES, 3 DUPLICADO
1925

R. 55398

Donación de D. Joaquín Ruiz
del Portal — Sevilla 1983

# CAPITULO XVII

## DEL DAÑO INFERIDO POR LA INJURIA Y DE LA OBLIGACIÓN QUE DE AHÍ NACE.

I. Que la culpa obliga a la reparación del daño.—II. Que por daño se entiende lo que pugna con el derecho estrictamente dicho.—III. Que se ha de distinguir debidamente la aptitud del derecho estrictamente dicho, cuando concurren.—IV. Que el daño pertenece también a los frutos.—V. ¿Cómo pertenece el daño al lucro cesante?—VI. Que hacen el daño los que obran primariamente.—VII. Y los que secundariamente.—VIII. Además los que no hacen lo que deben: primariamente.—IX. Y secundariamente.—X. Cuál eficacia acerca del acto se requiere para esto.—XI. En qué orden están obligados.—XII. Que la obligación se extiende también al daño consiguiente.—XIII. Ejemplo en el homicida.—XIV. En aquel que de otro modo hizo violencia.—XV. En el adúltero y en el estuprador.—XVI. En el ladrón, en el raptor y en otros.—XVII. En aquel que dió causa a promesa por dolo o miedo injusto.—XVIII. ¿Qué, si por medio naturalmente justo?—XIX. ¿Qué del miedo que tiene por justo el derecho de gentes?—XX. Cómo las potestades civiles están obligadas por el daño hecho por los súbditos; donde se trata de las presas hechas en el mar contra los aliados, contraviniendo el mandato público. XXI. Por derecho natural, nadie está obligado sin culpa por el hecho de su animal o de su nave.—XXII. Que se da también daño contra la fama y contra el honor.

I. Arriba dijimos que hay tres fuentes de lo que se nos debe: el pacto, el daño hecho y la ley.

De los pactos hase tratado bastante.

Vengamos a lo que, por derecho natural, se debe por el mal hecho.

Llamamos aquí mal a toda culpa, ya en el hacer, ya en el no hacer, que pugna con aquello que los hombres deben hacer comúnmente o por razón de cierta cualidad.

De tal culpa nace, naturalmente, obligación, si se hizo el daño, de que se resarza.

* * *

II. 1. Daño tal vez es dicho así de *demendo quitando* (*damnum* de *demendo*), pues que por él tiene uno menos de lo suyo; ya que aquello le corresponda por la mera naturaleza, ya por algún hecho humano sobreviniente, por ejemplo, el dominio o el pacto, ya por la ley.

Por naturaleza le es al hombre cosa suya la vida, no ciertamente para perderla, sino para guardarla; el cuerpo, los miembros, la fama, el honor, las acciones propias.

Cómo por el dominio y los pactos hácese cada cual algo suyo lo enseñan los tratados anteriores, ya en cuanto a las cosas, ya en cuanto al derecho sobre las acciones ajenas.

Del mismo modo, por la ley nácele a cada cual un derecho, porque lo mismo o más puede la ley que cada uno sobre sí y sus cosas. Así, el pupilo tiene derecho de exigir cierta exacta diligencia del tutor; la república, del magistrado, y no sólo la república sino también cada uno de

los ciudadanos, siempre que la ley signifique esto expresamente o por suficiente consecuencia.

2. Mas, de la sola aptitud, que se llama derecho menos propiamente y se considera desde el punto de vista de la justicia asignatriz, no nace verdadero dominio, y, por tanto, la obligación de la restitución: porque no es para alguno suyo aquello para lo cual es apto. Dice Aristóteles: *Contra la justicia, propiamente dicha, nada comete el que con su dinero no socorre a otro por tacañería.* Cicerón, en su oración pro Cneo Plancio: *Es ésta condición de los pueblos libres, poder con sus votos dar o quitar a cada uno lo que quiere,* y sin embargo, añade luego, que acontece que el pueblo hace lo que quiere, no lo que debe, tomada la voz deber en sumás alta significación.

* * *

III. Pero hase de cuidar aquí, que no se confundan cosas que son de diverso género. Pues aquel a quien se ha mandado la colación de la Magistratura, ése está obligado para con la república a elegir a aquel que sea digno, y para exigir esto la república tiene derecho perfecto; por lo cual, si por la elección del indigno hiciera daño a la república, aquél es obligado a resarcirlo.

Y así también cualquier ciudadano no indig-

no, aunque no tenga derecho propio a algún oficio, tiene, no obstante, verdadero derecho de pedirlo a otros; en el cual derecho, si es impedido por violencia o dolo, podrá exigir tasación no ya de toda aquella cosa ardientemente deseada, sino de aquel daño incierto.

Parecido será en aquel a quien se impidió por violencia o dolo que le legase algo el testador, pues la capacidad del legado es cierto derecho, al cual es consiguiente, que impedir en ello la libertad del testador es injuria.

* * *

IV. Mas se entenderá que tiene uno menos y, por consiguiente, que hizo daño, no solamente en la cosa, sino también en los frutos que propiamente son frutos de la cosa, ya se hayan percibido, ya no, con tal que se hubieran de haber percibido, deducidos los gastos por los cuales la cosa se hizo mejor o que fueron necesarios para percibir los frutos, por la regla que nos veda hacernos más ricos con detrimento ajeno.

* * *

V. Pero la esperanza de lucro se estimará de lo nuestro, no en cuanto ello mismo, sino según la proximidad al acto, como en la simiente la esperanza de la cosecha.

VI. Y están obligados, aparte de aquél que por sí mismo hace el daño, otros también, haciendo o no haciendo, y haciendo unos primariamente, otros secundariamente; primariamente el que manda, el que presta el consentimiento requerido, el que ayuda, el que cumple la promesa o el que de otro modo participa en el mismo crimen.

* * *

VII. Secundariamente, el que da consejo, alaba, aprueba. *¿Qué diferencia hay entre el que persuade un hecho y el que lo aprueba?*—dice Cicerón en la Filípica segunda.

* * *

VIII. No haciendo, también primariamente o secundariamente: primariamente, el que, cuando por derecho propiamente dicho debe vedar con precepto o prestar ayuda a aquel a quien se hace la injuria, no lo hace.

* * *

IX. Secundariamente, aquel que, o no disuade, debiendo, o calla un hecho que debía poner de manifiesto.

Y la palabra *deber* la referimos en todas estas

cosas al derecho propio que mira la justicia expletiva, ya nazca de la ley, ya de la cualidad; pues, quien debe por la norma de la caridad pecará ciertamente omitiendo, pero no estará obligado a la reparación, el origen de la cual es algún derecho propio, como dije antes.

* * *

X. Hase de saber también, que todos estos que dijimos están así obligados, si hubieren sido verdaderamente causa del daño, es decir, hubieren llevado eficacia, o a todo el daño o a parte del daño.

Pues frecuentemente ocurre en los agentes o negligentes de orden secundario, y también a veces en algunos que son de orden primario, que también sin el acto de ellos o sin su negligencia, aquel que hizo el daño ciertamente haría el mismo; en el cual caso, aquellos que dije no estarán obligados.

Lo cual, sin embargo, no ha de entenderse de tal modo, que si no hubieren de faltar otros que persuadiesen o ayudasen no estén obligados los que persuadieren o ayudaren, si sin el auxilio del consejo que hizo el daño, éste no se habría de hacer. Pues también aquellos otros, si hubiesen persuadido o ayudado, estarían obligados.

* * *

XI. Y están obligados, en primer lugar, los que con mandato u otro modo, impulsaron a alguno al hecho; faltando éstos, el ejecutor del delito; y cada uno de los que dieron causa al acto lo están *in solidum,* si todo el acto procedió de ellos, aunque no solos.

* * *

XII. Y los que han de responder de un acto, juntamente han de responder de aquellas cosas que se siguieron en virtud del mismo acto.

En cierta controversia de Séneca trátase esto, en el ejemplo de un plátano encendido por el cual había ardido una casa, y allí pone esta sentencia: *Aunque no quisiste hacer parte del daño, has de ser obligado a la totalidad como si intencionadamente lo hubieres hecho; pues se debe entender que no quiso la totalidad el que es excusado por indeliberación.*

Ariarathes, rey de los Capadocios, por haber obstruído por diversión la salida al río Melas, como, crecido el Eufrates por el ímpetu de su avenida, hubiese arrebatado parte de la tierra de los Capadocios e inferido grandes daños a los Galatas y a los Frigios, llevando el juicio a los Romanos, resarció los destrozos con trescientos talentos.

* * *

XIII. Sirva esto de ejemplo.

El homicida injusto está obligado a pagar los gastos, si algunos se hicieron en médicos, y a aquellos a los cuales el muerto solía mantener por obligación, a saber, a los padres, mujeres, hijos, debe darles cuanto valía aquella esperanza de mantenimiento, habida razón de la edad del muerto; como se lee que Hércules pagó una multa a los hijos de Ifito, muerto por él, por lo cual fuese más fácilmente purificado.

Y Miguel Efesio, al quinto de los Nicomaquios de Aristóteles, dice: *También el que es muerto recibe de algún modo; pues lo que recibe su mujer y sus hijos y sus parientes él mismo lo recibe en cierto modo.*

Hablamos del homicida injusto; es decir, que no tuvo derecho de hacer aquello de donde se sigue la muerte; por lo cual, si alguno tuvo derecho, aunque pecase contra la caridad, como el que no quiso huir, no estará obligado. Pero no se pone precio a la vida de un hombre libre; al contrario del siervo, que pudo ser vendido.

* * *

XIV. El que mutiló estará igualmente obligado a los gastos y al precio de aquello que el ya mutilado puede ganar de menos. Pero, así como allí de la vida, tampoco aquí se pone pre-

cio a la cicatriz de un hombre libre; y lo mismo se dice del lanzamiento a la cárcel.

* * *

XV. Así, el adúltero y la adúltera no sólo están obligados a indemnizar a la parte del mantenimiento de la prole, sino también a resarcir a los hijos legítimos, si padecen algún daño, por el concurso a la herencia de la prole así habida.

Quien violó a una virgen por la fuerza o por fraude, tiene obligación de resarcirle en cuanto le vale de menos la esperanza de matrimonio; mas está obligado a casarse con ella, si obtuvo con aquella promesa el abuso del cuerpo.

* * *

XVI. El ladrón y el ratero están obligados a devolver la cosa robada con su incremento natural, y reparado el daño que siguió o el lucro que cesó; y, si la cosa pereció, pondrá, no su precio sumo ni el ínfimo, sino el medio.

Y en esta clase hanse de poner los que defraudan los legítimos tributos.

Parecida obligación tienen los que hicieron daño con juicio injusto, acusación injusta, testimonio injusto.

* * *

XVII. Y el que dió causa a contrato o promesa con dolo, violencia o miedo injusto, está

obligado a restituir a su primitivo estado a aquel con quien hizo el acto, porque él tuvo derecho ya a no ser engañado, ya a no ser obligado: aquello, por la naturaleza del contrato; esto también, por la libertad natural.

Con éstos hanse de contar aquellos que no quisieron hacer sino por dinero aquello que, por su oficio, están obligados a hacer.

* * *

XVIII. Mas, quien dió causa por la que deba padecer violencia o ser forzado con miedo, tiene qué se le impute; pues lo involuntario que tiene origen de lo voluntario, tiénese moralmente por lo voluntario.

* * *

XIX. Mas por consentimiento de las gentes, así como se introdujo que todas las guerras, declaradas y hechas por ambas partes por autoridad de la potestad suprema, se tengan por justas, en cuanto a los efectos externos, de lo cual hablaremos; así también esto, que el miedo de tal guerra se tenga hasta ahora por justo y que no pueda reclamarse lo que por este medio se ha obtenido.

Y en este sentido puede admitirse la distinción de Cicerón entre enemigo, con el cual tenemos, como dice, muchos derechos comunes, es decir, por consentimiento universal, y los piratas y la-

drones. Pues éstos, si arrebataron algo por miedo, puede reclamarse, si no hubo de por medio juramento; en cambio, lo que aquellos arrebataron, no así.

Por lo cual, lo que a Polibio parece que fuê para los cartagineses causa justa de la segunda guerra Púnica, a saber, que los Romanos, habiendo sido vencidos por ellos por sedición de los mercenarios y habiendo declarado la guerra les hubiesen arrebatado la isla de Cerdeña y el dinero, tiene cierta apariencia de equidad natural, pero es ajeno del derecho de gentes, como en otro lugar se explicará.

* * *

XX. Por negligencia están obligados reyes y magistrados, que, para evitar latrocinios y piraterías, no ponen en juego los remedios que pueden y deben; por el cual título fuèron antiguamente condenados los Scyrios por los Amfictiones.

Recuerdo una cuestión derivada del hecho, que, habiendo los rectores de nuestra patria dado a muchos patente de corso en el mar contra el enemigo y habiendo algunos de ellos arrebatado los bienes de los amigos y, desertando de la patria, hubiesen vagado por el mar y no querido volver ni siquiera llamados; si los rectores por tal título tenían responsabilidad o de haber utiliza-

do los servicios de los hombres malos o de no haber exigido garantía. Y dije, que ellos a nada más estaban obligados que a castigar o entregar a los delinquentes, si pudiesen haberlos; además, que procurasen se repare la justicia a expensas de los bienes de los raptores. Pues que ellos no fueron causa de la presa injusta, ni participaron cosa alguna de ella, y prohibieron también con leyes que dañasen a los amigos; que no fueron obligados por derecho alguno a exigir garantía, pudiendo, aun sin patente, dar a todos los súbditos potestad de despojar al enemigo, lo cual fué también hecho antiguamente, y que tal permiso no es causa de haber sido hecho daño a los aliados, como quiera que podrán también los particulares armar naves sin tal permiso y lanzarse al mar. Y que hubieran de ser ellos malos no pudo preverse, y que no puede evitarse que utilizemos los servicios de los malos, de lo contrario no podría reunirse ejército alguno.

2. Ni tampoco, si los militares de tierra o de mar hubiesen, contra lo mandado, hecho mal a los amigos, tienen responsabilidad los reyes, lo cual se prueba por testimonios de Francia y de Inglaterra.

Mas, que estuviese alguno obligado a algo sin culpa suya por el hecho de sus servidores, no sería del derecho de gentes por el que se había de juzgar esta controversia, sino del Derecho

civil, y no del general, sino del particular contra los navegantes y otros cualesquiera introducido por razones particulares.

Y en aquella parte se pronunció contra algunos pomeranos por sentencia del supremo tribunal, y esto para ejemplo de cosas juzgadas desde hace dos siglos en causa no desigual.

* * *

XXI. Y hase de notar también que el esclavo o el animal que causó daño o pobreza dése a la parte dañada, y que ello es asimismo de Derecho civil, pues el dueño, que no está en culpa, a nada está obligado por naturaleza, como tampoco aquel cuya nave, sin culpa de él, hizo daño a la nave de otro; por más que por las leyes de muchos pueblos, como también por la nuestra, suele dividirse tal daño por la dificultad de probar la culpa.

* * *

XXII. Pero dase también, como dijimos, daño contra el honor y contra la fama, a saber, con azotes, contumelias, maldiciones, calumnias, burlas y con otros modos parecidos. En los cuales, no menos que en el hurto y en otros crímenes, hase de juzgar por el efecto la viciosidad del acto. A aquél corresponde la pena, a éste la

reparación del daño, que se hace con la confesión de la culpa, con exhibición de honor, con el testimonio de la inocencia y con todas aquellas cosas que son parecidas a éstas; por más que podrá también repararse con dinero tal daño, si el dañado quiere, porque el dinero es medida común de las cosas útiles.

## INTRODUCCION

**2) LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Leysser L. León.**

**Leysser L. León**

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL

## LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS

2ª. ed. corregida y aumentada

Prólogo de

**Luigi Corsaro**

Profesor de Derecho Privado
Università degli Studi di Perugia

El Jurista Editores

Lima, 2007

## PRÓLOGO

Conocí a Leysser León en el 2000, cuando, como es usual entre los jóvenes, se reunían en él dos ambiciones contrastantes: la de convertirse en escritor, que lo había traído a Italia, y la del estudioso de derecho civil en busca de un tema para un libro importante.

Puesto que hoy me toca prologar el volumen que recoge sus investigaciones en torno de la responsabilidad civil, y no obstante añore, a veces, al *aspirante romanziere*, me concentraré en el segundo de tales perfiles.

Advertí que la cultura jurídica de León era importante desde nuestro primer encuentro: sabía y sabe de verdaderos clásicos de la literatura civilística europea. Según me ha referido, en su preparación como estudiante, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, fueron decisivas las enseñanzas del profesor Gastón Fernández Cruz, y es a él, indudablemente, a quien deben reconocerse méritos que no es mi intención atribuirme.

Pero si algo tengo que testimoniar, por mi parte, es que en la medida de mis posibilidades he procurado complementar aquellas buenas bases formativas, inculcando al autor de este libro una visión sistemática e institucional de los problemas del derecho, fuera del interés, y en ocasiones, hasta del amor, que pueda depararse hacia alguna categoría específica; sugiriéndole la consulta de algunas obras fundamentales; enseñándole los nexos entre las instituciones del derecho privado y el derecho constitucional, entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal; descubriendo en él potencialidades que no había explotado de manera metódica hasta aquel entonces, como testimonia el cuidado de la edición y traducción de sus primeras compilaciones de escritos de ilustres civilistas italianos, destinadas al uso de los estudiantes peruanos, y la traducción al italiano del volumen *El derecho, la ley y el juez* de Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez, todos, proyectos en los cuales hemos tenido la oportunidad de trabajar juntos; y apoyándole, en fin, en la concretización de los estudios de posgrado que ha realizado en la Università degli Studi di Genova, y ahora, en la Scuola Superiore "Sant'Anna" di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa.

Yo era de la idea de que lo que iba explicándole le suscitaba muchas dudas, pero me consta que las ha superado, progresivamente, gracias a su admirable disposición a la lectura.

Siempre he considerado que el estudio de la responsabilidad civil demanda de los académicos una puesta al día permanente. León ha tenido a bien seguirme en la práctica de esta imprescindible actualización, sin perder de vista, en ningún momento, que los aspectos que más alejan la experiencia italiana de la de su país son el valor y el papel que tienen, entre nosotros, la jurisprudencia, la gran actividad doctrinal y la tan copiosa cuanto irrefrenable legislación comunitaria.

La conciencia de todas estas diversidades ha permitido a León reconstruir e interpretar las soluciones forjadas en el derecho italiano en clave peruana, y desacreditar, por ejemplo, la doctrina triestina del daño existencial, antes de su arribo a tierras latinoamericanas, revalorar la normativa en materia de daño moral contenida en el Código Civil peruano, o rebatir la irrazonable tesis de la llamada "unificación" de la responsabilidad civil.

Sobre el daño existencial, compartimos la convicción de que deforma el sistema bipolar de la responsabilidad nacida de acto ilícito: patrimonial y no patrimonial, en Italia; material y moral, en Perú. Se trata, además, de una figura que debe saldar cuentas con los derechos fundamentales, es decir, con intereses que para dar lugar a resarcimiento, en caso de ser conculcados, deben poseer una verdadera relevancia constitucional. Así, dicho sea de paso, lo han reconocido la Corte di Cassazione y la Corte Costituzionale italianas, en recientes y decisivas sentencias que dan luz verde a la protección resarcitoria en los supuestos de daño comúnmente invocados por los partidarios del daño existencial, pero a través de la asociación de tales supuestos con el daño no patrimonial resarcible.

En cuanto al daño moral, doy la razón a León cuando plantea su plena funcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. El llamado "daño a la persona", nominativamente presente en el texto del Código Civil de 1984, a juzgar de su más reciente configuración, como "daño al proyecto de vida", se hace perfectamente merecedor de las críticas que, en Italia, fustigan el "daño existencial", en tanto potencial generador de fenómenos de plusresarcimiento, mucho menos controlables en el marco económico de los países en vía de desarrollo.

Sobre la unificación de la responsabilidad, por último, he destacado hace poco, en mi monografía *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, que ella no es ni siquiera concebible, no bien se aprecia que el interés protegido es distinto en el ámbito contractual y en el ámbito extracontractual. En la relación obligatoria, el compromiso del deudor está orientado a la satisfacción del interés del acreedor; existe un vínculo para un cumplimiento específico, que es un comportamiento típico y de contenido bien determinado. En la responsabilidad aquiliana no se presentan tales elementos, no hay un interés ajeno y preciso que tenga que ser satisfecho; a lo sumo, se deben adoptar medidas de salvaguarda de la integridad de los derechos ajenos. Es la naturaleza diversa de los intereses en juego lo que explica, por ejemplo, que la ejecución forzada sea procedente únicamente frente al incumplimiento.

Estos no son más que algunos de los interesantes temas de los que tratan los estudios de León. Al escribir estas páginas, lo hago con profunda satisfacción de profesor, con amistad y con los mejores deseos de éxitos para él.

Perugia, mayo del 2004

**Luigi Corsaro**

Profesor de Derecho Privado
Università degli Studi di Perugia

## INTRODUCCIÓN A LA 2ª. EDICIÓN

Agotada la 1ª. edición de mi volumen de ensayos, y atendiendo a la sugerencia de ilustrados amigos y colegas académicos, pensé que lo más conveniente sería acometer el proyecto de la redacción de una obra orgánica sobre la responsabilidad civil, o bien el comentario sistemático del articulado del Código Civil en materia, en lugar de persistir en la compilación de los trabajos de investigación que he escrito en los últimos años.

Para emprender alguna de las obras vislumbradas, empero, he considerado necesario establecer un punto de confín respecto de las contribuciones sobre temas específicos. A dicho propósito obedece, exclusivamente, la publicación de esta nueva versión, corregida y aumentada, del libro aparecido hace dos años.

En el período que dista entre ambas ediciones el panorama bibliográfico nacional en el área de la responsabilidad civil se ha enriquecido, no sólo estadísticamente, de obras con desigual valor doctrinario[1]. En todo caso, cuando la seriedad no se ha hecho extrañar –lo cual, lamentablemente, ocurre muy contadas veces entre nosotros–, se ha comprobado, una

---

[1] Hechas las advertencias, son de destacar, con seguridad, los comentarios de los artículos 1314 y 1969 del Código Civil a cargo de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, en *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, tomos VI y X, Gaceta Jurídica, 2004-2005, págs. 849-874 y 19-74, respectivamente; los volúmenes colectivos al cuidado de ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, Palestra Editores y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005; y *Responsabilidad civil*, II, *Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*, Editorial Rhodas, Lima, 2006; la 4ª. edición de la obra de este último autor, *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006; y el ensayo de MORALES HERVIAS, Rómulo, "*La responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)*, ahora en ID., *Estudios sobre teoría general del contrato*, Grijley, Lima, 2006, págs. 617-669. Entre los autores extranjeros: ALPA, Guido, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, traducción y notas de Leysser L. León, El Jurista editores, Lima, 2006. Por otro lado, el número 50 de "Thémis-Revista de Derecho", edición de aniversario (1965-2005) de esta publicación editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha tenido como tema central la responsabilidad civil, con importantes contribuciones de Fernando de Trazegnies Granda, Gastón Fernández Cruz y Alfredo Bullard González, entre otros autores.

vez más, la dinamicidad de este campo de estudio, y su singular poder de atracción para los cultores del derecho privado.

Arthur Schopenhauer (*Parerga und Paralipomena*, II, cap. XXII) escribió que "no conviene, por amor a la lectura, perder completamente de vista el mundo real, pues la ocasión de pensar por uno mismo y la disposición a este pensamiento se encuentra infinitamente más a menudo en este mundo que en la lectura"[2]. Tal vez esta advertencia sea válida también respecto de la siempre modernizada responsabilidad civil.

Del indicado "poder de atracción" de esta institución no han escapado ni siquiera los magistrados de nuestro Tribunal Constitucional, los cuales, en ocasión de un proceso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Provincial de Huarmey, relativo al Seguro Ordinario de Accidentes de Tránsito (SOAT)[3], han formulado cuestionables definiciones como la que sigue:

> "El daño que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como *toda lesión a un interés jurídicamente protegido*, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán *daños patrimoniales* las lesiones a derechos patrimoniales, y *daños extrapatrimoniales* las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por ende merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. Del mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales por tratarse de intereses jurídicamente protegidos, reconocidos como derechos extrapatrimoniales".

En el enunciado anterior se ignora que las categorías del daño "patrimonial" y "no patrimonial" son de carácter legislativo, y que no están reconocidas en nuestro Código Civil. Se desconoce, igualmente, que en los ordenamientos jurídicos alemán e italiano, que sí acogen de modo explícito tal distinción, existen particularidades que no compatibilizan con el régimen vigente en el Perú, en el cual sólo cabe diferenciar el daño "moral", que sí está presente, de un innominado, mas implícito, daño "material"[4].

En otro lugar de la resolución examinada se enuncia, desarregladamente, que "el criterio objetivo de responsabilidad (artículo 1970° del Código Civil) resulta aplicable a supuestos de responsabilidad extracontractual sobre la base del riesgo creado, que se constituye como el *factor objetivo de atribución de responsabilidad*" (¡!). Aquí se exhibe un

---

2 SCHOPENHAUER, Arthur, "*Pensar por sí mismo*", trad. de Edmundo GONZÁLEZ BLANCO, en ID., *La lectura, los libros y otros ensayos*, Edaf, Madrid, 2004, pág. 161.

3 Resolución 0001-2005-PI/TC, fechada el 6 de junio de 2005.

4 A la tesis que vengo planteando desde hace algunos años, en torno de lo ilegítimo de diferenciar el daño "patrimonial" y "no patrimonial" (o extrapatrimonial) a tenor del articulado del Código Civil peruano (véase *infra*, parte tercera, especialmente, capítulos III y IV), y de la necesidad de recuperar la distinción francesa entre daño "moral" y "material", ha adherido, recientemente, JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, "*Los daños inmmateriales: una aproximación problemática*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 50, 2005, pág. 277; EAD., "*¿Es posible el resarcimiento del daño inmaterial?*", en *Responsabilidad civil*, II, cit., pág. 211.

En algún fallo de la Corte Suprema, la opción por el modelo francés es explícita. Así, en CAS. N°. 231-1998, del 10 de noviembre de 1998, publicada en "*Sentencias en Casación*", año IV, núm. 187, separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del sábado 5 de diciembre de 1998, pág. 2147, se indica que "nuestra legislación, *recogiendo la doctrina francesa*, señala en su artículo 1984 que el daño moral es un daño extrapatrimonial *que afecta los derechos de la persona*, del cual prescribe además que puede ser indemnizable atendiendo a la magnitud y el menoscabo producido a la víctima y a su familia".

desconocimiento sobre la presencia de, más bien, dos criterios de imputación en el artículo citado: el "riesgo", de origen francés, y la "exposición al peligro", de origen alemán. Así mismo, la responsabilidad "objetiva" ligada con estas figuras es de carácter "relativo", en el sentido de que admite "eximentes" (en el caso peruano, las contempladas en el artículo 1972 del Código Civil)[5].

Una actualidad equivalente es la que se debe reconocer a las enmiendas del régimen jurídico de la responsabilidad civil que se prevén en las *Propuestas de reforma del Código Civil* de la Comisión creada mediante la Ley 26394, del 18 de noviembre de 1994, modificada por la Ley 26673, del 21 de octubre de 1996[6].

En el terreno del incumplimiento de obligaciones, llama la atención la propuesta para la modificación del texto actual del artículo 1322 del Código Civil ("El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento") por el siguiente: "El daño a la persona, así como el daño moral, cuando se hubieran irrogado, también son susceptibles de reparación".

El "daño a la persona", reproducción literal de la *personal injury* del *common law*, representa un accidente de nuestra codificación civil. Un añadido que, sea si se lo entiende como "daño a los derechos de la personalidad", sea si se lo entiende como "daño a la integridad psicofísica" o "a la salud" (a la manera italiana), tiene el demérito de reiterar un concepto ya comprendido en la idea de "daño moral"[7], conforme a la amplia visión de esta figura que impera en el ordenamiento jurídico de donde es originaria: el francés.

El enfoque francés del *dommage moral*, que abarca tanto el daño a los derechos de la personalidad cuanto la afectación de los sentimientos, el padecimiento anímico, sufrimiento o dolor, aparece recogido, de modo inequívoco, en el séptimo considerando de un reciente pronunciamiento de nuestra Corte Suprema:

> "Daños morales son aquellos producidos *a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad.* El daño moral no afecta al patrimonio económico de una persona, sino que afecta a la personalidad física o moral, o a ambas a la vez: *a la*

---

5 Sobre todos estos temas puede verse: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser L. LEÓN, "*La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*", en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 58 (2005), Lima, 2006, págs. 9 y sgtes. En la resolución del Tribunal Constitucional aquí citada, se reenvía (n. 23), justamente, a dicho trabajo de investigación, sólo que como nota a pie de página (10) a una afirmación que, en lo personal, no suscribo: "la noción de riesgo creado alude a la idea de que *todos los bienes que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las necesidades suponen un riesgo común u ordinario*; empero, también hay actividades que suponen un riesgo adicional, como es el caso de los vehículos automotores, para lo cual no es necesario examinar la culpabilidad del autor, pues bastará con acreditarse el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o una actividad riesgosa".

6 Las *Propuestas de reforma del Código Civil* se publicaron como separata especial del Diario Oficial "El Peruano", edición del 11 de abril de 2006.

7 Esto se admite en la propia Exposición de motivos que acompaña esta propuesta modificatoria: "Si bien, conforme a la exposición de motivos del artículo 1322 vigente, la expresión daño moral se utiliza entendiéndola en su sentido amplio –de modo que comprende también lo que propiamente constituye el daño a la persona– dado que el artículo 1985 los diferencia, se justifica precisar los conceptos para evitar dudas en cuanto a sus reales alcances".

A la línea de pensamiento que aquí se defiende ha adherido, en la más reciente edición de su obra, ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 232: "¿Podemos prescindir de la voz de "daño a la persona" y subsumirla en la de "daño moral"? La respuesta, necesariamente, es la afirmativa". Sin embargo, el autor opina, a renglón seguido, que la distinción entre "daño moral" y "daño a la persona" puede ser mantenida en el plano conceptual.

*integridad de las facultades físicas, a las sensaciones y sentimientos del alma*. Es todo dolor físico o moral que repercute en los sentimientos"[8].

Pero el nuevo texto sugerido por la Comisión es criticable por una razón adicional, y no menos importante. Uno de los defectos de sistemática de nuestro Código Civil es la división entre el régimen general de las obligaciones y el de las distintas fuentes de las obligaciones. A estos dos regímenes se dedicaron dos libros diferentes (el VI y el VII) del Código, de cuya redacción se ocuparon, correspondientemente, distintos legisladores. Ello ha significado, como bien puede intuirse, la desintegración de la "parte general de las obligaciones". Ante dicha constatación, no es razónable que en una propuesta de enmiendas se reafirme dicha desintegración al hacer que un error de perspectiva cometido en un sector de la parte general de las obligaciones (o sea, la inclusión del "daño a la persona" en el título sobre la responsabilidad extracontractual, precisamente) se pretenda "generalizar" también, de manera tal que sea de aplicación en todos los casos de violación de deberes que forman parte de relaciones obligatorias[9]. Como es evidente, lo correcto sería "uniformar", mediante la eliminación de la expresión "daño a la persona" en el artículo 1985 del Código Civil, la regulación de los daños no susceptibles de valorización económica, es decir, de los "daños morales".

Es de destacar, con todo, que en la propuesta modificatoria bajo comentario se cambie la expresión "resarcimiento" por "reparación". No es exacto apreciar una vocación "resarcitoria", o sea, de restablecimiento del *statu quo ante*, en las sumas de dinero que un juez concede a título da "daño moral".

En cuanto a las enmiendas propuestas para el articulado sobre la responsabilidad extracontractual, las críticas tampoco pueden evitarse.

Quien sea consciente, en efecto, de la imperfección de las disposiciones del Código Civil peruano en materia de responsabilidad extracontractual no puede sino adherir a la idea de mejorarlo, y participar en la discusión en torno de las integraciones o reformas que requiere.

El estado de cosas actual se presta, en efecto, y sin mayores dificultades, para la identificación de puntos críticos, y me parece que el más importante de éstos, aquel del cual debería partir toda propuesta de replanteamiento, para no repetir errores, tiene que ver con la técnica legislativa.

El régimen actual de la responsabilidad extracontractual es el producto de una combinación de la técnica de las cláusulas normativas generales (artículos 1969 y 1970), con la regulación de figuras "especiales" heredadas de una tradición que se remonta al Código Civil francés (artículos 1985 y siguientes). Naturalmente, la decisión de contemplar enunciados legales abiertos, con vocación para ser cubiertos de contenido por la

---

8 CAS. N°. 3187-2005, del 9 de mayo de 2006, publicada en "*Sentencias en Casación*", año XI, núm. 554, separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del lunes 2 de octubre de 2006, pág. 17156.

Enseña CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, vol. II, *Les biens.Les obligations*, 1ª. ed. "Quadrige", Presses Universitaires de France, París, 2004, pág. 2273, que "la noción de daño moral es objeto de aplicación natural en los casos de lesión de uno de aquellos derechos que se califican como extrapatrimoniales o fundamentales: derecho al nombre, a la imagen, al honor, a la reputación. Sin embargo, también puede existir un daño moral en la lesión de un derecho de familia [...]. Así mismo, y aun en ausencia de un derecho definido, el atentado a un interés moral, a los sentimientos –siempre que se vaya más allá de las puras susceptibilidades– puede constituir un daño reparable".

9 En la Exposición de motivos de la propuesta se indica, inexplicablemente, que el propósito de ella es "*armonizar* el contenido de este artículo con el del artículo 1985 que distingue claramente en relación con la responsabilidad extracontractual, el daño a la persona y el daño moral. Ambos pueden irrogarse también en el ámbito obligacional".

interpretación judicial (que es en lo que consisten las cláusulas normativas generales) es contradictoria con la inserción de reglas particulares para hipótesis que, de suyo, podrían ser asociadas con ellos.

Un ejemplo que debería ser claro, al respecto, es el de la responsabilidad que el legislador, con términos conceptualmente errados, hace surgir de los daños que se cometen por medio de "bienes riesgosos o peligrosos"[10].

Fuera del hecho de que no existen "bienes" por sí propios "riesgosos y peligrosos", y de que estos calificativos sólo son aplicables a las "actividades", hay contradicción entre la formalización de una cláusula de tal tenor y la decisión de mantener o crear nuevas responsabilidades "especiales"[11].

Los autores de las *Propuestas de reforma del Código Civil* persisten en este *modus operandi*.

No puede aceptarse que, en lugar de reducir los supuestos "especiales" de responsabilidad "objetiva", o de mejorar el texto de la cláusula normativa general del artículo 1970, a fin de que sea menos fatigoso sacar provecho de su capacidad de adaptación a los siempre nuevos espacios que demandan protección resarcitoria, se pretenda incorporar una nueva particularización, a saber, la responsabilidad "por productos o servicios defectuosos"[12].

En la Exposición de motivos de las *Propuestas* citadas se lee, como justificación, que la norma respectiva de nuestra legislación en materia de protección del consumidor "no es utilizada por los operadores jurídicos en sede judicial". A mí me parece que tal constatación debería mover a los reformadores, más bien, a apreciar de manera sistemática y global el ordenamiento jurídico, y comprender que el verdadero problema del derecho peruano en este ámbito –problema que, como es obvio, no se les puede exigir resolver– es la intromisión del INDECOPI en la gestión de un espacio inconvenientemente sustraído al Código Civil[13], con un famoso paquete legislativo de inicios de la década pasada: el espacio, justamente, de la responsabilidad del fabricante.

---

10 El *Anteproyecto* de enmiendas al Código Civil que se difundió, por varios meses, a través del *website* del Ministerio de Justicia, contenía una propuesta modificatoria del artículo 1970, en la que se eliminaba, acertadamente, la actual referencia a los "bienes riesgosos o peligrosos". Dicha innovación ya no figura en las *Propuestas de reforma del Código Civil*, aquí citadas. De resultas, tendremos que seguir leyendo en las sentencias de nuestros magistrados, en pleno siglo XXI, anacronismos como los que siguen: "la indemnización por responsabilidad extracontractual, *tratándose de un bien siempre riesgoso, como es el caso de una unidad vehicular*, debe comprender las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante y el daño emergente" (CAS. N°. 942-2005, publicada en "*Sentencias en Casación*", año XI, núm. 554, separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del lunes 2 de octubre de 2006, pág. 17072).

11 Sobre los efectos "decodificadores" de la legislación "especial" en lo atinente al régimen de la responsabilidad civil remito a mi trabajo "Spamming *y responsabilidad civil. Compensación pecuniaria y protección resarcitoria ordinaria en el régimen jurídico del correo electrónico comercial no solicitado*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 50, Lima, 2005, págs. 306 y sgtes.

12 El artículo propuesto por la Comisión reza como sigue: "El proveedor es responsable por los daños causados a la salud del consumidor o a su patrimonio por los defectos de sus productos o servicios. Si son varios los proveedores la responsabilidad es solidaria".

13 Pese a alguna opinión contraria: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Comentario sub art. 42*, en *Ley de protección al consumidor. Comentarios. Precedentes jurisprudenciales. Legislación complementaria*, Rhodas, Lima, 2004, págs. 377 y sgtes., la "intromisión" del INDECOPI en la gestión de la responsabilidad civil en el Perú se hace más patente con la aplicación de las denominadas "medidas correctivas", que terminan siendo coincidentes con el concepto de "resarcimiento en forma específica", o sea, con la "reconstitución de la situación de hecho precedente": SCOGNAMIGLIO, Renato, "*Il risarcimento del danno in forma specifica*" (1957), ahora en ID., *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Cedam, Padua, 1996, pág. 538.

Frente a dicha intromisión, el legislador "civil", o los autores de las *Propuestas*, en este caso, no debería consumar la "especialización" de la figura. Ellos, por el contrario, tienen una magnífica oportunidad para plantear, no una específica responsabilidad por productos defectuosos, sino una regla que sea aplicable a la "responsabilidad por cosas", de la que se prescindió, inexplicablemente, en el Código Civil de 1984.

A esta certera intuición, que consta, por lo demás, en la exposición de motivos de las *Propuestas*, parecería obedecer el nuevo texto que se propone para el artículo 1980, según el cual, el "propietario del bien" sería, sin más, responsable de los daños que éste causara; y responsable solidario, además, con el "poseedor"[14].

Sólo que en una propuesta reformadora tan mal rematada se pasan por alto los efectos que podría generar una regla semejante en el terreno, por ejemplo, de los alquileres. Hace décadas, el análisis económico del derecho advirtió que un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a aquellos que, en los hechos, no están en posesión de sus cosas, puede tener como efecto un aumento de los costos para ponerlas en circulación[15]. El propietario de una casa tendría que esmerarse, e invertir, para encontrar un inquilino que le garantice con seguridad que no se producirán daños, de lo cuales también él tendría que responder.

Se podrá afirmar que ello es deseable, pero seguramente no en mayor medida que el velar por la agilidad del mercado, que sí es admisible considerar en el terreno de la política del derecho, o sea, al momento de proyectar las normas, como ahora.

Lo peor es que los redactores de las *Propuestas* dan la impresión de contradecirse a sí mismos, porque al regular lo que ellos llaman "ruptura del nexo causal" –inexacta terminología tomada de la doctrina argentina–, incorporan, justamente, la eximente de responsabilidad que consiste en "no tener la posibilidad objetiva de control de un bien" (artículo 1972)[16]. El propietario de una cosa cedida en arrendamiento es, desde luego,

---

Según nuestra Ley de protección al consumidor (art. 42, letra k), el INDECOPI puede imponer, además de sanciones administrativas, "cualquier otra *medida correctiva* que la Comisión considere pertinente ordenar *y que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado* o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro". En virtud de dicha disposición, por ejemplo, dos señoras que fueron despojadas en tan sólo una hora y cuarenta y siete minutos, mediante diecinueve retiros fraudulentos efectuados en cajeros automáticos y en ventanillas de diferentes agencias del Banco de Crédito, de los US$ 28,710.79 que ellas tenían depositados en una cuenta de ahorros, lograron recuperar US$ 26,330.00 (Expediente N°. 0753-2000-CPC y Resolución N°. 0277-2003/TDC-INDECOPI, del 11 de julio de 2003). Si es cierto, como unánimemente se admite, que el remedio resarcitorio "persigue" el restablecimiento del *statu quo ante*, no hay cómo negar que en casos como éstos la gestión de la tutela civil de los derechos corre por cuenta –eficazmente, por cierto– del INDECOPI. Sólo que no parece existir ninguna disposición de los funcionarios y portavoces oficiales del INDECOPI para admitir que ejercen, por lo tanto, "función jurisdiccional".

14 El texto del artículo propuesto es el siguiente: "El propietario del bien es responsable por los daños que éste cause. Su responsabilidad es solidaria con la del poseedor".

15 TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milán, 1961, pág. 256: "Cabe preguntarse si no sería preferible [...] resolver el problema considerando siempre como responsables solidarios al propietario y al poseedor. Esta solución presentaría la ventaja de hacer más simple la acción del damnificado, y de ofrecer a éste una mayor garantía de resarcimiento. Sin embargo, ella presenta una desventaja, la cual es, en mi opinión, ampliamente predominante, a saber, la desventaja de atribuir la responsabilidad no sólo a quien puede controlar de modo directo las condiciones generales del riesgo, y calcular su dimensión, sino también a quien no tiene dicha posibilidad, o no la tiene en la medida adecuada. Un propietario, entonces, no podría dar una cosa en alquiler o arrendamiento sin sentirse constreñido a intentar valorar las dimensiones del riesgo pertinente al uso particular que se hará de la cosa, y a intentar influir en ellas, ya sea ejerciendo presiones o bien reservándose la atribución de dar directrices al arrendatario o inquilino".

16 El texto propuesto para modificar el artículo 1972 es el siguiente: "No hay obligación de indemnizar cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante del tercero,

alguien que en la mayoría de casos no tendrá esa "posibilidad objetiva". ¿Por qué hacerlo responsable? ¿Acaso la prevención de los daños, que es, recuérdese, una función de la responsabilidad igual de importante que la reparación de los daños, no demanda hacer recaer el resarcimiento sobre aquel que estaba en la mejor condición para neutralizarlos?

La regla que se propone para la responsabilidad "por productos o servicios defectuosos" está, además, mal diseñada. En ella se hace referencia a los daños causados a la "salud" de los consumidores "o" a su "patrimonio". No se requiere mayor análisis para apreciar aquí el núcleo de la Directiva europea N.° 374 de 1985, que hace responsable al fabricante del producto de los "daños causados por muerte o lesiones corporales" y los "daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa" (artículo 9, letras a y b). Para ser más precisos, lo que se propone para nuestro país es el trasplante de la lectura "italiana" de tal disposición comunitaria europea, lo cual, como se verá a continuación, no es aceptable.

Como ya se indicó, en el derecho italiano, a diferencia del nuestro, se adopta legalmente la distinción de origen alemán entre daño "patrimonial" y "no patrimonial". Según el Código Civil italiano, el resarcimiento del daño no patrimonial procede sólo cuando la ley lo señale (artículo 2059)[17]. Es por ello que al legislador de este país, al formular una norma especial (D.P.R. N.° 224 de 1988) para la adaptación de la citada Directiva europea, le ha sentado bien repetir que es resarcible el daño "ocasionado por muerte o lesiones personales". Así, a la hora de aplicar dicha ley, los jueces no tienen dudas sobre el carácter resarcible de tales daños.

Pero en el Perú –hay que reiterarlo– la distinción entre "daño patrimonial" y "no patrimonial", que es "legislativa" en Alemania e Italia, no existe. Tenemos la ventaja de contar con cláusulas normativas generales que hacen referencia sólo al "daño", tal cual ocurre, con probada eficacia, en el Código Civil francés, y ello permite, a la vez que exige, interpretar que "todo daño" que se produzca "por dolo o culpa" (artículo 1969), o por el ejercicio de una actividad "riesgosa o peligrosa" (artículo 1970), será resarcible.

Es de saludar, en tal sentido, que nuestra Corte Suprema haya establecido, en otro fallo reciente, que:

> "[E]l artículo mil novecientos sesentinueve [*sic*] del Código Civil no constituye sólo una disposición aplicable, única y exclusivamente, a la responsabilidad civil extracontractual, sino que también encierra *el principio jurídico de que todo daño debe ser indemnizado*, sea éste derivado de una relación obligatoria o del simple deber de no dañar a nadie"[18].

Se replicará, tal vez, que los desarrollos verificados en el derecho civil francés, con el sostén de la jurisprudencia, son impensables en nuestro medio. De acuerdo. Hace buen tiempo que sostengo que las cláusulas normativas generales no son convenientes ni fructíferas en los países en vías de desarrollo[19], donde lo preferible sería más bien adoptar

---

imprudencia o responsabilidad de quien padece el daño o cuando el propietario, poseedor o presunto responsable acredite que *no tenía posibilidad objetiva de control del bien*".

17 Sobre la interpretación tradicional y moderna de este artículo del Código Civil italiano pueden verse las amplias referencias contenidas en mis ensayos sobre el nuevo daño moral, *infra*, parte tercera, capítulos III y IV, así como mis notas actualizadas a los trabajos reunidos en el presente volumen, *infra*, Apéndices, V.

18 CAS. N°. 58-2006, del 7 de abril de 2006, publicada en "*Sentencias en Casación*", año XI, núm. 554, separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del lunes 2 de octubre de 2006, pág. 17108.

19 LEÓN, Leysser L., "*La reforma del Código Civil vista en serio*", en "Normas Legales", tomo 327, vol. II, "Análisis jurídico", Trujillo, agosto de 2003, págs. 22 y sgtes., ahora en ID., *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 295 y sgtes. Véase también *infra*, parte primera, capítulo I, § 16.

un sistema de legislación punto por punto, detallada, a la que los jueces puedan recurrir –con grave, pero imperiosa, renuncia a la interpretación– como si se tratara de soluciones listas para ser aplicadas. Pero si ésta hubiese sido la idea que movió a los redactores de las *Propuestas* a postular una regla precisa para una figura como la responsabilidad por productos defectuosos, la reforma del régimen de la responsabilidad extracontractual tendría que haber sido total y no limitada –como ellos mismos anotan en la exposición de motivos de las *Propuestas*– a las que consideran, discutiblemente, "modificaciones necesarias o urgentes al Código Civil de 1984".

Otros defectos que se pueden notar en las *Propuestas* son de carácter estrictamente conceptual. Tal es el caso de la eliminación de la actual referencia del artículo 1969 al "descargo por falta de dolo"[20].

En lugar de analizar y de procurarse conocimientos sobre la institución que se está regulando, se prefiere llevar hasta sus últimas consecuencias el aforismo "el dolo no se presume", no sin hacer mención de una supuesta "inconstitucionalidad" de la mal vista "presunción de dolo"[21]. Quien conozca la materia sabe, perfectamente, que forman parte del repertorio de la responsabilidad extracontractual ciertas hipótesis que sólo son concebibles cuando media dolo, es decir de casos en los cuales el resarcimiento sólo será procedente si el agente del daño ha ocasionado éste obrando de manera intencional[22].

Estos supuestos, en los cuales la doctrina habla, fundadamente, de "dolo presunto", no son, en modo alguno, extraños, ni tampoco tienen el tinte de aquellos ejemplos escolásticos que suscitan inmediato rechazo, dada su improbable realización. Basta pensar en los llamados "daños por inducción al incumplimiento contractual", cuyo resarcimiento –como unánimemente se reconoce– sólo es concebible cuando el agente de la "inducción", que es, en sí misma, una conducta "intencional", procede dolosamente. Este razonamiento también es válido respecto de la responsabilidad que surge en los casos de "incitación" o

---

20 A diferencia del texto vigente ("el descargo por *falta de dolo o culpa* corresponde a su autor"), el artículo propuesto por la Comisión señala, recortadamente, que "el descargo por *falta de culpa* corresponde a su autor".

En la Exposición de motivos de esta "propuesta", se comete, por lo demás, un yerro imperdonable. Se indica que la "concepción *subjetiva* de la responsabilidad [...] hunde sus raíces en el antiguo Derecho Romano" (¡!). Fuera de anacronismos, el régimen romano de la institución actualmente conocida como responsabilidad civil fue, además de "tipificado", "objetivo" en lo que atañe al significado que se atribuía al *dolus* y a la *culpa* (aunque en fuentes como la *lex Aquilia* estos términos ni siquiera aparecen). La idea de la culpa como fundamento de la responsabilidad –debería saberse– es de origen post-justinianeo. Véase, en la bibliografía nacional, la informada explicación histórica de TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, 4ª. ed., t. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, págs. 31 y sgtes.

21 La Corte Suprema no ha mostrado reparos ante esta disposición del artículo 1969, al exponer, por ejemplo, la siguiente interpretación: "cabe señalar que conforme han determinado los jueces de grado el hecho dañoso se originó por la colisión del volquete conducido por el codemandado Navarro Machco contra la pared que se encontraba en precario estado de construcción, configurándose de esa forma el requisito de causalidad adecuada, concluyéndose que la pared no hubiera caído sin la intervención del camión conducido por el mencionado demandado *quien no ha probado fehacientemente la falta de dolo o culpa, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil respecto a éste*" (CAS. N°. 3159-2002, del 19 de octubre de 2004).

En nuestra doctrina, comparte la idea de que "las presunciones de dolo no repugnan *per se* al derecho", pero no sin subrayar, ejemplarmente, lo cuestionable de "establecer una presunción legal de dolo de alcance general, como aparentemente lo hace el artículo 1969": FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "*De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano)*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 50, Lima, 2005, pág. 263.

22 Véase *infra*, parte primera, capítulo I, § 17.

"instigación" a otro para la comisión del daño, de la compra de una cosa que se sabe adquirida por un tercero, y, nada más y nada menos, de "abuso del derecho". No hay "inducción" ni "incitación" ni "abuso" por "culpa" o por "negligencia". Todos estos son supuestos en los cuales la demanda de resarcimiento del damnificado contendrá, inevitablemente, una "acusación de dolo" al agente, porque de lo contrario, ni siquiera se podría sostener la realización de tales figuras. Esta es la razón por la que sí puede tener lugar un descargo "por falta de dolo", cuyo efecto será liberador de responsabilidad.

Tampoco es correcto el reemplazo, en el artículo 1972, de la expresión "imprudencia de quien padece el daño" por "responsabilidad de quien padece el daño". Aunque el principio que aquí se pretende amonedar sea la "autorresponsabilidad", a lo que se debe hacer referencia es al "hecho de quien padece el daño" o "hecho de la víctima"[23]. Hay que repasar la historia de esta eximente de responsabilidad para conocer su nexo con las conductas de los suicidas e inimputables (menores de edad, dementes), a los que, como es claro, no se puede imputar ninguna "responsabilidad": es el puro "hecho" de éstos lo que puede eximir de responsabilidad al pretendido imputado.

Hace poco, sin embargo, la Corte Suprema ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso de aplicación de esta eximente de responsabilidad, utilizando una terminología coincidente con la propuesta por la Comisión. Dicha causa judicial nació de una demanda de resarcimiento interpuesta por los deudos de un trabajador que perdió la vida al efectuar una operación con cables eléctricos subterráneos. La empresa demandada, para la cual prestaba servicios la víctima, pretendió liberarse de responsabilidad alegando que "el occiso había recibido capacitación para realizar los trabajos y que la causa principal del accidente [fue] la imprudencia de la propia víctima, quien no habría tenido puesto[s] los guantes dialéctricos para realizar el empalme"[24].

La Corte, en concordancia con lo establecido en las instancias de mérito, indicó que "si bien habría existido *responsabilidad* de la víctima [...], porque no se habría puesto los guantes de seguridad, sin embargo existe concurrencia de *culpa* por parte de la empresa empleadora [...], por cuanto nos encontramos frente al supuesto de actividad riesgosa, no habiendo existido capacitación suficiente para efectuar la labor desempeñada en atención al trabajo de riesgo".

En cuanto a las enmiendas con las cuales es posible concordar con los redactores de las *Propuestas*, es de señalar una importación de la jurisprudencia y doctrina italianas: la adopción de la teoría de la "ocasionalidad necesaria" en la regulación de la responsabilidad vicaria del empleador (artículo 1981)[25].

---

23 Sobre los orígenes de la inexacta terminología, y la necesidad de variarla por la de "hecho de la propia víctima", véase: FERNÁNDEZ CRUZ y LEÓN, *op. cit.*, págs. 64, 67 y sgtes.

24 CAS. N°. 1676-2004, del 26 de septiembre de 2005, publicada en "*Sentencias en Casación*", año XI, núm. 548, separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del viernes 2 de junio de 2006, pág. 16261.

25 El texto propuesto es el siguiente: "El que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, cuando el daño se produjo en el ejercicio del cargo, en cumplimiento del servicio correspondiente o con ocasión de sus funciones. Ambos son responsables solidarios".

En la jurisprudencia italiana reciente puede citarse un fallo del Tribunale di Venezia, del 16 de febrero de 2006, publicado en "Il Corriere del merito", 2006, núm. 6, págs. 731 y sgtes., con comentario de CURSI, Maria Giulia (*ivi*, págs. 732 y sgtes.). En dicha sentencia, relativa a un caso de tenencia y puesta en circulación de billetes falsificados por parte del personal de un casino, se establece que "para efectos de la exoneración de responsabilidad, el empleador, que responde objetivamente del hecho realizado por su dependiente, debe probar la total extrañeza del hecho a las labores encomendadas, o sea, la inexistencia de la *relación de ocasionalidad necesaria* y, por lo tanto, que las labores encomendadas no facilitaron la conducta del agente, sin que tenga relevancia el fin absolutamente personal que

No cabe duda, sin embargo, que el mayor acierto en materia de responsabilidad civil que contienen las *Propuestas* no se encuentra en las modificaciones propuestas a los artículos 1969 y siguientes del Código, sino en una que se prevé para el libro I. Me refiero al texto proyectado para el artículo 17, en cuyo núm. 1 se señala que "la amenaza o vulneración de alguno de los derechos inherentes a la persona, confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o suprima la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado".

Además de la conveniente promoción de la tutela inhibitoria, esta disposición es a todas luces de provecho en una experiencia como la nacional, donde uno de los más graves problemas es, antes que la "categorización" de los daños, la "identificación" misma de los casos en los que procede conceder el remedio resarcitorio[26]. Con el texto propuesto, se brindaría a los jueces una segura base legal para decidir que el resarcimiento debe concederse no sólo frente a los daños relativos a derechos cifrados en normas jurídicas, sino frente a todos lo daños que afecten derechos inherentes a la persona.

* * * *

Mis interlocutores de estos últimos años, colegas y amigos, han sido, principalmente, Cristina Costantini, Mauro Grondona, Paolo Sanna, Andrea Putignani, Simona Cacace, Luigi La Battaglia y Luca Natali, en Italia; Jan Schmidt, en Alemania; Jaime Reyes Miranda, Freddy Escobar Rozas, Rómulo Morales Hervias y José Juan Haro Seijas, en Perú; y los profesores Francesco Donato Busnelli, Davide Messinetti, Umberto Breccia, Guido Alpa, Vincenzo Roppo, Mario Zana, Pier Giuseppe Monateri, Giovanni Marini, Ugo Mattei, Alessandro Somma, Mauro Paladini, Pietro Sirena y Giovanni Comandé, en Italia; Fernando de Trazegnies Granda, Hugo Forno Flórez, Juan Espinoza Espinoza, Elvira Méndez Chang, Gorki Gonzáles Mantilla y Alfredo Bullard González, en Perú.

Mis padres, Mercedes y Eliseo, Sandra Fernández, el profesor Gastón Fernández Cruz y mis amigos mexicanos Otniel Portillo y Anayansi de Portillo, han acompañado y apoyado mis labores, brindándome el afecto, la comprensión y los consejos sin los cuales toda obra humana sería difícilmente realizable.

La aparición de esta nueva y actualizada edición de mi volumen de ensayos sobre la responsabilidad civil coincide con dos acontecimientos importantes para mí. El primero, mi regreso definitivo a Perú, en marzo de 2006, a proseguir mi carrera docente en mi *alma mater*, la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, luego de un dilatado *soggiorno* de estudios en tierras itálicas, iniciado en diciembre de 1999. El segundo, la anticipada jubilación de mi maestro italiano, Luigi Corsaro, quien ha decidido apartarse, prematuramente, de su cátedra de Instituciones de Derecho Privado, en la entrañable Università degli Studi di Perugia, luego de más de cuatro décadas de labor ininterrumpida y de dedicación admirable a la docencia.

---

estuviera del todo desvinculado del interés del patrón". La autora del comentario informa, recordando una sentencia de la Corte di Cassazione, que el "nexo de ocasionalidad necesaria no se interrumpe ni siquiera por la actividad criminal realizada (como en el caso en cuestión) por el dependiente, siempre y cuando esta última se despliegue como actividad de la entidad", e indica, secundando el parecer del juez veneciano, que esta interpretación es la única que permite dar a la norma sobre la responsabilidad vicaria del empleador (artículo 2049 del Código Civil italiano; artículo 1981 del Código Civil peruano) un papel de "incentivo para el control de la actividad de los dependientes".

26 Véase: LEÓN, Leysser L., "*El papel de la responsabilidad civil en la planificación de un régimen de protección jurídica frente a la manipulación de datos personales*", en "Advocatus", núm. 12, Lima, 2005, pág. 228.

Con agradecimiento y reconocimiento al profesor Corsaro, por todo lo enseñado, pongo punto final a estas nuevas páginas introductivas.

Lima, noviembre de 2006

**EL AUTOR**

## INTRODUCCIÓN A LA 1ª. EDICIÓN

El presente volumen reúne mis primeras lecciones de responsabilidad civil dictadas en los ciclos de verano del 2003 y del 2004 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y la versión corregida y actualizada de mis artículos relativos a la materia, publicados en distintas revistas jurídicas del medio desde 1998.

Como el otrora preciado género del comentario de bibliografía jurídica, y si se exceptúan algunas publicaciones de antaño[1], también el género de las lecciones de derecho, de los cursos o separatas destinados para el uso de los estudiantes, parece haber dejado de suscitar el interés de nuestros académicos.

Paradójicamente, y como contrapartida, sí contamos con libros que pretender pasar por tratados, los cuales no podrían ser comprendidos, ni con toda la buena fe del mundo, bajo el concepto germano de *Lehrbuch*[2], pues son, más bien, "textos sin alma; a lo sumo, recolectores de datos y de noticias, no siempre de primera mano; que parecen tener como destinatarios ideales, no a los estudiosos, sino a los operadores prácticos, apresurados y famélicos; que llevan la marca del «no todo», pero «de todo», con el estilo del «hágalo usted mismo». Son, por lo tanto, textos que sintonizan perfectamente con la civilización de la *fast food*, de la comida congelada y de los *instant books*, y en cuanto tales, textos difícilmente dignos de ser leídos, y por la misma razón, de ser comentados"[3].

---

1 Pienso, principalmente, en el *Curso del acto jurídico*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1983, de José LEÓN BARANDIARÁN (1899-1987).

En la doctrina italiana son de destacar los tres breves volúmenes del curso de responsabilidad civil del profesor de las Universidades de Ferrara y Bolonia, Paolo FORCHIELLI, *Responsabilità civile. Lezioni*, recopiladas por Alberto VILLANI, Cedam, Padua, 1968-1969, así como la *Introduzione alla responsabilità civile*, Giappichelli, Turín, 2000, del profesor de la Universidad de Turín, Paolo GALLO.

2 PAWLOWSKY, Hans-Martin, *Allgemeiner Teil des BGB. Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 5ª. ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1998, págs. 36 y sgtes., quien propone distinguir, además, los *Kurzlehrbücher* o *Studienbücher*, y los *Handbücher*.

3 FERRI, Giovanni Battista, "*Riflessioni intorno ad un libro sulle obbligazioni*", en "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", vol. LXXXVIII, parte I, 1990, pág. 546.

Contrariamente, contamos con obras que sí deberían ostentar el título de tratados, pero cuyos prudentes autores han preferido difundir como comentarios a la legislación vigente[4].

Y sin embargo, lo primero que un académico constata al analizar, críticamente, la experiencia didáctica extranjera es el privilegio que los docentes, aun los más jóvenes, conceden a la redacción, ni más ni menos, de textos escritos en lenguaje sencillo que, sin caer en lo superficial, brinden a los alumnos universitarios la información y guía complementarias para el seguimiento del dictado de una materia.

No creo que existan reparos para admitir que el punto de referencia obligado para la programación y preparación del dictado del curso es el alumno mismo.

Me parece inaceptable la división que se acostumbra hacer entre los estudiantes que aspiran a ejercer la profesión de abogados y los estudiantes con vocación de juristas.

Muchos, para peor, llegan a considerar tan falaz diferenciación como determinante para la planificación de las lecciones. Se habla, al respecto, y siempre endeblemente, de métodos de análisis de casos, exegéticos o legalistas, dogmáticos, etc.

¡Al final, la diferencia ya no se advierte en el nivel de los estudiantes, sino en el de los profesores!

Como bien se ha escrito, "la obra del civilista (y del jurista en general) es una obra de cultura y de razón; es obra de un humanista (artista, pero al mismo tiempo, artesano), antes que de un técnico que halla soluciones a los problemas, o subterfugios para evitarlos. En resumen, el jurista es un intelectual, antes que un hábil abogado o un buen juez; lo que es más, es el intelectual que, con sus enseñanzas, debería inspirar las decisiones del legislador, en no menor medida que las decisiones del juez y los informes de los abogados"[5].

A estas alturas se falta a la verdad, así de simple, si se adoctrina a los estudiantes en la creencia de que todos ejercerán la profesión: el mercado profesional se encuentra saturado (y hay quienes ven en ello un puro y saludable efecto de la competencia y del libre acceso al mercado), y se subvalúa la práctica de actividades jurídicas que son merecedoras del mayor aprecio y admiración, como la carrera judicial[6].

Con esta última actitud, fruto de la ignorancia y de la soberbia, se desincentiva la ponderación de una posibilidad de trabajo; y simultáneamente, para persistir en la contradicción e inconsecuencia, no se deja de criticar la precariedad cultural de los jueces nacionales, ni de resaltar la crisis del poder judicial.

Yo pienso, con plena conciencia de no estar descubriendo nada, que se deben hacer conocer, ante todo, las instituciones jurídicas, y con mayor precisión, los problemas relativos a ellas –los conflictos de intereses de los que se suele hablar– así como el origen y sentido de las reglas que el ordenamiento prevé para la solución de tales problemas.

---

4 A esta categoría pertenecen, cómo no, *El contrato en general* (Palestra Editores, Lima, 2001, 3 vols.), de Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *La responsabilidad extracontractual* de Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, 2 vols.), así como el *Derecho de las personas*, de Juan ESPINOZA ESPINOZA.(4ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004).

5 FERRI, *op. cit.*, pág. 576.

6 En Italia, no todos los cientos de alumnos que se inscriben en las Facultades de Derecho ejerce la profesión de abogado, porque la estabilidad del mercado profesional está garantizada por la existencia de un examen –dificilísimo, por lo demás– posterior a los estudios universitarios, que autoriza a los licenciados en *Giurisprudenza* a ejercer la profesión. Resultan no menos atractivos para los estudiantes, entonces, la práctica de la docencia universitaria, a la que también se accede por concurso de títulos, así como los exámenes para el ingreso a la magistratura o al notariado.

En mi experiencia personal, como discente[7], y ahora como profesor, puedo individualizar al estudiante de responsabilidad civil, esencialmente, como alguien que se aproxima a la problemática con los conocimientos adquiridos en los primeros cursos de derecho privado, en especial, los dedicados al negocio jurídico[8], a las obligaciones y a los contratos.

El dilema que se presenta, cómo no, es el de decidir la conveniencia o no de la uniformización del lenguaje de la cátedra.

Fuera de la formación docente, el trabajo del profesor de responsabilidad civil tiene como pauta la complicación que surge, muy de vez en cuando, por la necesidad de volver a abordar, o de tratar por primera vez, temas que debieron estudiarse en cursos precedentes.

Tal es el caso, dentro de las categorías fundamentales del derecho civil, de las situaciones jurídicas[9], que se protegen, ni más ni menos, a través de las normas previstas para la represión de los ilícitos civiles.

El estudio de la experiencia extranjera[10], que se privilegia en este libro para ilustrar los diversos problemas jurídicos de la responsabilidad civil, no debe ser confundido con la comparación jurídica. El uno y la otra tienen en común que no son métodos, sino ciencias, movidas por el solo objetivo de la búsqueda del conocimiento, para cuyo logro y profundización bien se pueden utilizar distintos caminos.

La elevación de la comparación jurídica a la categoría de ciencia, propugnada por la Escuela de Rodolfo Sacco, llega a sostener que ella carece de fines, y tal es el único punto en el que discrepo de tan autorizada doctrina.

---

7 En mis años de estudiante (1991-1996) en la Universidad Católica, el curso de Responsabilidad Civil era obligatorio, y se hallaba programado para el segundo ciclo de la carrera. Ahora es electivo y lo frecuentan alumnos de los últimos ciclos. En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima sigue siendo obligatorio, y se dicta al final de la carrera.

8 En particular, soy de la idea de que en el curso de negocio jurídico se debería destinar por lo menos una clase al estudio de los actos ilícitos (las *unerlaubte Handlungen* del derecho civil alemán), que ocupan un lugar fundamental en la clasificación general de los actos jurídicos.

9 (*Nota de actualización*) El discurso en torno de las "situaciones jurídicas", a pesar de su origen germano, singulariza hoy en día la enseñanza universitaria de las nociones fundamentales del derecho civil en la experiencia italiana. Su arribo al Perú se remonta a inicios del decenio 1990-2000. En la actualidad, incluso nuestra Corte Suprema ha señalado, aunque sin consignar la fuente doctrinaria seguida, y a propósito de la diferencia entre "plazo de caducidad" y "plazo de prescripción", que para ello "se debe analizar el fenómeno al interior de una *situación jurídica subjetiva*, teniendo en cuenta tanto la función de la prescripción extintiva como de la caducidad. En el caso de la prescripción extintiva, su función implica la búsqueda de certeza ante la inactividad en el ejercicio de un derecho subjetivo dentro de un período de tiempo. En el caso de la caducidad, su función busca inducir el ejercicio de un derecho dentro de un término perentorio, de manera que, de no ejercitarse el derecho, éste se extinguirá; así, la caducidad pone fin a un estado de incertidumbre, enlazado con *situaciones jurídico subjetivas* que no son susceptibles de un ejercicio repetido, sino que se agotan en el cumplimiento de un acto singular" (CAS. N°. 1237-2006, del 25 de julio de 2006, publicada en "*Sentencias en Casación*", año XI, núm. 556, separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del lunes 30 de octubre de 2006, pág. 17401).

En el manual de BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato; y Ugo NATOLI, *Diritto civile*, 1*, *Norme, soggetti e rapporto giuridico* (1ª. ed., 1987), reimpresión, Utet, Turín, 2001, pág. 407, leo, justamente, que la función de la caducidad es "*porre fine a uno stato d'incertezza connesso a situazioni giuridiche soggettive che non sono suscettibili di esercizio ripetuto, ma si risolvono nel compimento di un singolo atto o comunque dipendono da esso*" (¡!). La fuente de esta transcripción inconfesada y, para peor, recortada, por parte de los magistrados supremos Sánchez-Palacios Paiva, Caroajulca Bustamante, Santos Peña, Hernández Pérez y Miranda Canales, no ha de ser otra que la edición en castellano de la citada obra de los autores italianos, traducida en Colombia por el profesor Fernando HINESTROSA.

10 Su valor ha sido bien destacado por ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pág. 15.

Quien tiene la posibilidad de estudiar en el extranjero se vuelve, voluntariamente o no, un comparatista, porque toma contacto con un ordenamiento distinto del de su país de origen. Son inevitables, entonces, los juicios de valor, porque se verifica que las reglas foráneas son mejores o peores que las autóctonas, se especula sobre cómo funcionaría la normatividad que se descubre en otro lugar, se aprenden soluciones y se conocen nuevos problemas.

Dicho juicio de valor es más relevante en los países en vía de desarrollo, donde no existe la posibilidad de acercarse a ordenamientos que nada tienen en común con el nuestro. Conozco a comparatistas europeos que han realizado exhaustivos trabajos de campo en Somalia, Australia, China, la ex-Yugoslavia, etc.

Por ello, pienso que la comparación jurídica cumple una función política en nuestros países, que no es otra que aquella ya proclamada por René David, de entender mejor, y mejorar, el derecho nacional.

* * * *

Una regla que no está escrita en ninguna parte, pero que uno aprende y hace propia a través de los años, es aquella que aconseja al discípulo ocupar su tiempo y concentrar sus esfuerzos en materias que hayan sido ajenas al terreno de trabajo e interés de sus maestros.

Puedo, entonces, considerarme doblemente desafortunado.

He desarrollado mi carrera académica en el Perú, y me honra poder proseguirla, bajo la guía inestimable de Gastón Fernández Cruz.

El ilustre romanista de la Universidad de Palermo, Matteo Marrone, advierte certeramente que lo interesante y significativo de la responsabilidad civil, en cuanto tema, radica en el hecho de que se trata de la materia donde es dado verificar, más que en ninguna otra del derecho privado, cómo es que las mutaciones en el régimen, y de los planteamientos de fondo, "reflejan de cerca los cambios de la economía, de la técnica, de las concepciones sociales y de las ideologías dominantes"[11].

Ello, ni más ni menos, es cuanto he aprendido de Fernández Cruz, a quien debo, por igual, mi primera oportunidad para el dictado de las clases prácticas de sus cursos de Responsabilidad Civil en la Universidad de Lima y en la Universidad Católica, desde 1998, y mi primera traducción del italiano.

En efecto, cierto día de 1997, le visité en su estudio para solicitar indicaciones sobre cómo proseguir el desarrollo de mi tesis de licenciatura sobre la responsabilidad civil de los abogados, elaborada en colaboración con Jaime Reyes Miranda. De la pila de papeles de su escritorio extrajo, para nosotros, la versión mecanográfica de un estudio del profesor boloñés Massimo Franzoni, sobre las obligaciones de medios y de resultado[12], cuya lectura, traducción y publicación aconsejaba.

Emprendí aquel trabajo, con su valioso estímulo, ayuda y correcciones. Fue, sin imaginarlo, el preludio de lo que ocurrió después.

---

11 MARRONE, Matteo, "*Relazione introduttiva*", en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, al cuidado de Letizia VACCA, Giappichelli, Turín, 1995, pág. 9.

12 FRANZONI, Massimo, "*La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato*", en "Responsabilità, comunicazione, impresa", 1997, núm. 2, págs. 319 y sgtes. Mi traducción, "*La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado*", se publicó en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 38, Lima, 1998, págs. 81 y sgtes.

Fernández Cruz siempre auguraba, en las reuniones de estudio que generosamente convocaba en su casa, en las que también participaba Jorge Beltrán Pacheco, que tarde o temprano yo iba a viajar a Italia. Seguramente sus buenos deseos tuvieron mucho que ver con mi primer *soggiorno*, literario, iniciado en la ciudad de Perugia en diciembre de 1999, decisivo para mí, porque encontré a Luigi Corsaro, otro especialista en responsabilidad civil[13], discípulo, como si fuera poco, del excelso jurista romano Adriano De Cupis[14], un autor que en el Perú me habían enseñado a valorar.

Yo pensaba, entonces, que el negocio jurídico, con su abstracción creadora, era la materia que mejor se acomodaba a mi perspectiva de aspirante a escritor. Corsaro me enseñó que la responsabilidad civil era no menos estimulante, que no podía emprender ningún estudio serio sin autoimponerme un programa de lecturas imprescindibles –especialmente, de los manuales de *Istituzioni di diritto privato*, como los de Alberto Trabucchi, Pietro Trimarchi y Francesco Gazzoni–, y sobre todo, que debía leer cada página que llegara a mis manos con la Constitución a la vista.

Corsaro planificó, coordinó y trabajó conmigo, además, en mis primeras compilaciones de ensayos italianos sobre el negocio jurídico[15] y la responsabilidad civil[16], así como en la preparación de la versión italiana de un librito español que ha considerado fundamental para la formación de los estudiantes de *Giurisprudenza* del primer año: *El derecho, la ley y el juez*[17], de Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez.

Las investigaciones que he emprendido, hasta esta parte del camino, portan la huella de la admiración e inspiración en mí suscitadas por las obras, rigor académico y calidades personales, de Michele Giorgianni (1915-2003), Massimo Bianca, Giovanna Visintini, Paolo Grossi, Francesco Donato Busnelli, Giovanni Battista Ferri, Umberto Breccia, Mario Zana, Guido Alpa, Vincenzo Roppo, Andrea D'Angelo, Massimo Franzoni, Ugo Mattei, Michele Graziadei, Emanuela Navarretta, Alessandro Somma, Aldo Petrucci, Pierluigi Chiassoni, Giovanni Comandé, Mauro Paladini, y muy especialmente, de Pier Giuseppe Monateri; de don Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda, Carlos Cárdenas Quirós, Hugo Forno Flórez, Carlos Ramos Núñez, Juan Espinoza Espinoza y Alfredo Bullard González.

Hay también opiniones que tuvieron su germen en mis años universitarios, en añoradas discusiones compartidas con apreciados amigos, muchos de los cuales ejercen actualmente la docencia: Eduardo Hernando Nieto, Freddy Escobar Rozas, Eric Palacios Martínez, Jaime Reyes Miranda, José Juan Haro Seijas, Rómulo Morales Hervias, y Jorge Beltrán Pacheco, en Lima; Andrea Bellucci, Carlo y Mario Chiappetta, Amedeo Rosboch, Mauro Grondona, Serafina Funaro, Matteo della Casa, Stefanie Haeger, Paolo Sanna,

---

13 Baste señalarlo como autor de la voz "*Responsabilità civile* I) *Diritto civile*" para la prestigiosa *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991.

14 (*Nota de actualización*). En el año 2005, la editorial Giuffrè ha publicado un pequeño, aunque simbólico, volumen de *Scritti in onore di Adriano De Cupis*, titulado *Valore della persona e giustizia contrattuale*. La obra forma parte de la colección "Biblioteca di diritto privato Andrea Torrente", y fue promovida por el Departamento de Teoría del Estado de la Università di Roma "La Sapienza" y, personalmente, por el profesor Cesare Massimo BIANCA.

15 BETTI, Emilio; GALGANO, Francesco; SCOGNAMIGLIO, Renato; y Giovanni Battista FERRI, *Teoría del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2001.

16 ALPA, Guido; BIANCA, C. Massimo; CORSARO, Luigi; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; FRANZONI, Massimo; MONATERI, Pier Giuseppe; SALVI, Cesare; y Piero SCHLESINGER, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2001.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Il diritto, la legge e il giudice*, al cuidado de Luigi CORSARO, trad. de Leysser L. LEÓN, Giuffrè, Milán, 2001.

Serena Verzera, Lorenzo Gremigni, en Italia, y con mis compañeros del doctorado pisano en la Scuola Superiore "Sant'Anna" di Studi Universitari e di Perfezionamento: Maria Gagliardi, Simona Cacace, Andrea Putignani, Luca Christian Natali, Luigi La Battaglia y Luca Nocco.

Gibran enseña que la sabiduría no está en invitar a entrar en la morada de nuestro conocimiento al que está aprendiendo, sino en guiarlo hacia el umbral de su propia mente.

Tal es la meta perseguida por estas páginas.

Pisa, junio del 2004

**El Autor**

PARTE PRIMERA

# EL SISTEMA

## CAPÍTULO ÚNICO

# LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL (APUNTES PARA UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL MODELO JURÍDICO PERUANO)

**CONTENIDO:** 1. Noción jurídica de responsabilidad.- 2. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y responsabilidad extracontractual. La protección del crédito mediante la responsabilidad extracontractual.- 3. La pretendida unificación de la responsabilidad civil: 3.1. Premisa. 3.2. Orden de la exposición.- 4. La perspectiva "ontológica" de la unificación.- 5. La perspectiva "pragmática" de la unificación.- 6. Imposibilidad e inutilidad de la unificación.- 7. La responsabilidad patrimonial.- 8. La llamada responsabilidad "objetiva".- 9. El valor de la investigación histórica y la comparación jurídica.- 10. De la venganza privada a las formas resarcitorias de composición: las *Doce Tablas* romanas.- 11. Las bases históricas del modelo peruano.- 12. De la *lex Aquilia* a la compilación justinianea.- 13. Del iusnaturalismo a la codificación napoleónica.- 14. Los actos ilícitos en el marco de la clasificación general de los actos jurídicos.- 15. Los actos lícitos dañosos: casuística.- 16. El artículo 1969 del Código Civil peruano como cláusula normativa general: la opción por el régimen de la atipicidad del ilícito civil.- 17. La mala regulación del régimen probatorio: "peruanidad" de la presunción legal del dolo en la responsabilidad extracontractual.

## 1. NOCIÓN JURÍDICA DE RESPONSABILIDAD.

En una de las tantas versiones castellanas de las *Mil y una noches* se lee la siguiente cita del *Corán*:

"Cúmplase el pacto, pues hay responsabilidad en él"[1].

---

[1] Esta cita de las *Mil y una noches* corresponde a la *Antología* al cuidado de Julio SAMSÓ (1976), 4ª. reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pág. 49.

Fuera de valoraciones sobre la fidelidad de la traducción –inevitables, más que nunca, cuando la lengua que se traduce es el árabe–, la idea a identificar en la citada máxima es la de dos contrapesos y, por lo tanto, la idea de la equivalencia, del equilibrio.

Etimológicamente, en efecto, "responder" es como "prometer a la vez" o como "corresponder a una promesa". La palabra comunica, entonces, un desbalance, una equiparidad previamente alterada que da lugar a la imposición de una "respuesta", la cual debe restablecer el *statu quo* preexistente, y que se quiere mantener, o bien una secuencia de acciones que deben sucederse con una regularidad y orden a ser preservados[2].

Quien ha contratado y no ejecuta la prestación empeñada, o lo hace mal, y provoca, así, un agravio a la contraparte –una pérdida dineraria, por ejemplo–, distorsiona el ciclo vital de la relación obligatoria nacida del acuerdo, cuyo destino natural es la plena satisfacción del interés del acreedor, mediante la cooperación y el comportamiento del deudor que se ha obligado a ello. Quien despoja de sus bienes a otro, o los destruye, tiene que ser sancionado, porque atenta contra el orden y convivencia sociales garantizados por el Estado, que los protege a través de sus reglas jurídicas. Quien, con estratagemas o no, paga menos impuestos de los que le corresponden, perjudica al fisco, y se hace merecedor de penas pecuniarias como los intereses y las multas.

Es evidente el perfil ético del fenómeno: lo que subyace a las consideraciones que se acaban de efectuar es, en último análisis, una intuición común, de conformidad con la cual, se reconoce como imperioso que los sujetos asuman las consecuencias de su propio obrar.

Existe, sin duda, una responsabilidad "moral", invisible, que es algo así como el sentimiento de propia "culpabilidad", de reproche o remordimiento, por la comisión de una mala conducta[3].

En sentido jurídico, en cambio, la responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto[4].

---

2 Para las consideraciones etimológicas y ético-sociales del término "responsabilidad" me he guiado por las referencias de Francesco PELLEGRINI, voz "*Responsabilità*", en *Nuovo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Turín, 1939, págs. 438 y sgtes.; de Carlo MAIORCA, voz "*Responsabilità (teoria generale)*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, págs. 1004 y sgtes.; y de Alessandro LEVI, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padua, 1950, págs. 365 y sgtes.; y en lo tocante a la expresión "responsabilidad civil" por las de Stefano RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1964, págs. 40 y sgtes.; Renato SCOGNAMIGLIO, voz "*Responsabilità civile*", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, Utet, Turín, 1968, págs. 632-633; Luigi CORSARO, voz "*Responsabilità civile* I) *Diritto civile*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, págs. 1 y sgtes. (de la separata); Giulio PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bolonia, 1992, págs. 9 y sgtes.; Giovanni PUGLIESE, "*Relazione finale*", en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, al cuidado de Letizia VACCA, Giappichelli, Turín, 1995, págs. 355 y sgtes.; Massimo FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca, a cura di Francesco Galgano*, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1993, págs. 1 y sgtes.; Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società economica*, Jovene, Nápoles, 1998, págs. 517 y sgtes.; y Philippe LE TOURNEAU, voz "*Responsabilité (en général)*", en *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, t. IX, Dalloz, París, 2001, págs. 1 y sgtes. (de la separata).

3 El estado de ánimo que se genera por la comisión de una mala conducta es, de uno u otro modo, tomado en cuenta por el derecho, con la afirmación, ni más ni menos, del llamado "principio de la culpa".

Dichas consecuencias desventajosas manifiestan la reacción del ordenamiento jurídico frente a un hecho que se considera legalmente reprobable, por atentar contra intereses ajenos o de la colectividad en general.

## 2. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Tres son las instituciones fundamentales del derecho civil: la propiedad, el contrato y la responsabilidad.

La propiedad y el contrato tienen que ver con las relaciones entre las personas y los bienes, así como con la forma en que las personas pueden conseguir sus objetivos, relacionándose unas con otras, y regulando sus propios intereses.

En ninguno de tales casos se escapa, en principio, y como bien se nota, del obrar con arreglo a derecho.

Por el contrario, la "responsabilidad civil" significa un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro, 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.

Pero se comprenden en la "responsabilidad civil", incluso en el nivel de la enseñanza universitaria, dos fenómenos perfectamente distinguibles de la responsabilidad "penal" y de la responsabilidad "administrativa", pero también entre sí: la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

En el primer supuesto, se trata de la situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida.

---

[4] La definición de la responsabilidad en general que se recoge es la didácticamente enseñada por Vincenzo ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, 4ª. ed., Monduzzi, Bolonia, 2001, pág. 63, y por Guido ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, 1ª. ed., Utet, Turín, 1993, pág. 1001.

Al respecto, Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1953, pág. 32, nota (2), consideraba la responsabilidad, exactamente, como un estado subjetivo o posición jurídica, en tanto y en cuanto ella no podía tener por referente sino a un sujeto de derecho, o persona, en sentido jurídico. Para Salvatore PUGLIATTI, voz "*Autorresponsabilità*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959, pág. 452, la esencia de la responsabilidad s halla en la imputación de las consecuencias del hecho al autor de este último; imputación que presupone la individualización de un criterio que la gobierne, y la aplicación específica de tal criterio.

Con precisa relación a la responsabilidad extracontractual, C. Massimo BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 532, nota (2), anota que se trata de "una situación jurídica subjetiva, es decir, la condición de quien está obligado al resarcimiento del daño y sujeto a los demás efectos sancionatorios del ilícito. Empero, la responsabilidad extracontractual también es entendida como «institución», es decir, como el complejo unitario de las normas y de los remedios predispuestos para la protección de los intereses de la vida de relación. A este último significado se asimila la definición de la responsabilidad [formulada por Luigi CORSARO] como el «fenómeno» de la reacción del ordenamiento a la lesión de los intereses jurídicamente protegido".

Dicha especie está normada en los artículos 1314 y siguientes de nuestro Código Civil.

En el segundo supuesto, se trata del sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos civiles[4bis], lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por el ordenamiento.

Esta última especie, también denominada responsabilidad "aquiliana", en alusión a la *actio legis Aquiliae*, reconocida como su antecedente histórico en el derecho romano[5], está regulada en los artículos 1969 y siguientes de nuestro Código Civil.

En los últimos años, ha crecido entre nosotros la costumbre de hablar, a la francesa, de responsabilidad "contractual" y de responsabilidad "extracontractual"[6], y por consiguiente, de daño "contractual" y "extracontractual", e incluso de culpa "contractual" y "extracontractual".

Este es un mal hábito que se ha afirmado a pesar de que todos los autores que se han ocupado del tema reconocen que bajo el régimen legal del incumplimiento de las obligaciones se comprende la inejecución de prestaciones empeñadas por medio de la promesa unilateral (que no es un contrato).

En el primer caso, nótese bien, tanto la situación protegida, que es la del acreedor, con inclusión de sus bienes y derechos ajenos al crédito[7], cuanto la lesión de dicha situación, tienen lugar en el ámbito de un "programa" de cumplimiento (de la obligación).

---

4bis (*Nota de actualización*) La expresión "actos *ilícitos* civiles" no debería ser leída como inmediatamente evocativa de la "ilicitud" o "antijuridicidad" de la conducta (presupuesto de la responsabilidad civil que, a diferencia de lo previsto en el BGB o en el Código Civil italiano, no ha sido contemplado por nuestro legislador). Se trata, más simplemente, de los "actos que dan lugar a responsabilidad civil". Es a la luz de estas reconsideraciones que deben ser leídas mis reflexiones apuntadas *infra*, § 14. Véase también, *infra*, Apéndices, V, en la *Nota* sobre los trabajos incluidos en el presente volumen, § 1.

5 Véase *infra*, § 13.

6 En el derecho francés se habla también de responsabilidad "delictual", en lugar de responsabilidad "extracontractual". En Italia –importante es tenerlo en cuenta–, la responsabilidad *civile* es la equivalente a nuestra responsabilidad extracontractual. La responsabilidad *contrattuale*, a su vez, es la responsabilidad por incumplimiento (*inadempimento*) de las obligaciones. Antes, lo normal era hablar, sencillamente, de *responsabilità civile* y de *inadempimento delle obbligazioni*.

Luigi MENGONI, voz "*Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, pág. 1072, explica que el calificativo "*contrattuale*" está asociado con el significado amplio que el término *contractus* tenía en el derecho clásico, "donde designaba todas las obligaciones diversas de la responsabilidad *ex delicto*. [...]. Confrontada con la acepción moderna, más restringida, de la palabra 'contrato", la expresión es una sinécdoque, indica el todo con una parte: la parte, por otro lado, que es de lejos la más importante, no sólo desde el punto de vista económico, sino también desde el punto de vista de la dogmática jurídica, las obligaciones de contrato (o de cuasicontrato), tratándose del referente exclusivo de algunos problemas centrales de la teoría del incumplimiento".

7 Por ello, sigue teniendo naturaleza "contractual" la responsabilidad del médico que, por negligencia, olvida una tijera en el vientre de su paciente y genera un daño, así como la del transportista, por las lesiones padecidas por un pasajero como consecuencia de una colisión de vehículos. Ninguno de dichos atentados a la integridad física tiene que ver, *stricto sensu*, con el cumplimiento de la obligación, pero ello no debe llevar a hacer creer que den lugar a responsabilidad "extracontractual". Se trata, en realidad, de supuestos de infracción de "deberes de protección" nacidos de un vínculo obligativo, en igual medida que el deber central o "primario" de prestación. Al respecto, véase LEÓN, Leysser L., "*El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente*", en "Revista peruana de

Además, el resarcimiento que grava al deudor constituye sólo uno de los mecanismos de protección (o "tutela") del acreedor, quien puede decidir, si así lo cree conveniente, y si las circunstancias lo permiten, pactar nuevos plazos, renegociar la deuda (cuando esta consiste en una suma de dinero, por ejemplo), etc.

En el segundo caso, en cambio, el agravio se produce en circunstancias que, a lo sumo, podrían calificarse de "contacto social".

Nada de lo anotado debe llevar a creer que la particular situación del acreedor pueda ser dañada únicamente por el deudor. Existe lo que se conoce como "protección aquiliana del crédito", que es una respuesta jurídica a la posibilidad palpable de que el crédito, una típica situación jurídica de ventaja, sea lesionado por un tercero[8].

Piénsese, por ejemplo, en un hecho de crónica ocurrido en estos días. La entidad que agrupa a los clubes de fútbol cedió los derechos de transmisión televisiva de los partidos a cierta empresa. Con motivo de la huelga de los futbolistas profesionales –terceros en este caso–, se tuvo que suspender el campeonato, y no se pudo ejecutar una parte de las prestaciones comprometidas por la entidad deportiva frente a la empresa televisiva mediante el contrato respectivo.

Hay que entender que en el supuesto citado, la empresa de televisión perjudicada puede demandar el incumplimiento de la entidad, pero además, por vía extracontractual, y si se asume que la huelga fue ilegítima[9], al gremio de los futbolistas profesionales, que determinó, como es claro, el incumplimiento, y con el mismo, las enormes pérdidas económicas por concepto de publicidad no realizada.

En la jurisprudencia italiana, la interesante figura de la protección aquiliana del crédito se presentó, en definitiva, con ocasión del fallecimiento de un futbolista en un accidente de

---

jurisprudencia", año 4, núm. 32, Trujillo, 2003, págs. 59 y sgtes., y ahora en el presente volumen, *infra*, parte quinta, capítulo II, § 6.1.

8 Sobre la protección aquiliana del crédito, de pleno reconocimiento en la jurisprudencia y doctrina italianas sigue siendo fundamental la monografía de Francesco Donato BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milán, 1964, especialmente, págs. 46-47, donde se identifican los dos perfiles del derecho de crédito que son tomados en consideración por el ordenamiento jurídico: (*i*) el perfil (potencialmente) dinámico, según el cual, el crédito se entiende como "pretensión", en tanto puede ser *satisfecho* por el deudor (y solamente por éste: cumplimiento) o infringido por el deudor (y solamente por éste: incumplimiento); y (*ii*) el perfil estático, según el cual, el crédito se entiende como "interés", en tanto puede ser *satisfecho* a través de un evento diverso del cumplimiento y ajeno a la realización de la relación obligatoria, de modo que la supervivencia de ésta se vuelve inútil (en el caso del cumplimiento o pago por tercero, por ejemplo), o puede ser infringido por un evento diverso del incumplimiento, es decir, por obra de un tercero extraño a la relación.

BUSNELLI expone una versión resumida de sus ideas en "*La tutela aquiliana del credito*", en *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, al cuidado de Marco COMPORTI y Gianguido SCALFI, Giuffrè, Milán, 1988, págs. 59. y sgtes. También se ha ocupado del tema, FRANZONI, "*La tutela aquiliana del contratto*", en *I contratti in generale*, al cuidado de Enrico GABRIELLI, vol. II, a su vez en *Trattato dei contratti*, dirigido por Pietro RESCIGNO, Utet, Turín, 1999, págs. 1597 y sgtes. La posición crítica tiene como representante a Pietro TRIMARCHI, "*Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*", en "Rivista di diritto civile", año XXIX, parte I, 1983, págs. 217 y sgtes.

9 La huelga es un derecho, y en cuanto tal, si ejercida regularmente, no da lugar a responsabilidad civil de los trabajadores.

tránsito[10]. El club al que pertenecía contractualmente la víctima demandó al conductor del automóvil que atropelló a su dependiente, porque con su muerte se vio perjudicada con la pérdida de un deportista prometedor y con la interrupción de la relación laboral.

También se ha postulado la viabilidad de la protección aquiliana del crédito en los casos de los terceros que inducen al deudor al incumplimiento.

## 3. LA PRETENDIDA UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

### 3.1. PREMISA.

Para la cultura del derecho civil en el Perú, los inicios de la última década del siglo pasado estuvieron caracterizados por una malhadada importación de conocimientos jurídicos, de tipo vertical y unidireccional.

Fueron, en efecto, los años en que la bibliografía –evito, conscientemente, utilizar el término "doctrina"– proveniente de Argentina, un país vecino y querido por nosotros, se posicionó en un lugar central para las reflexiones de los autores nacionales, en lo que atañe a las instituciones del derecho privado, particularmente, en aquellas dedicadas al análisis del por entonces recientísimo Código Civil peruano de 1984.

Las razones de dicho posicionamiento son fáciles de intuir y verificar.

En primer lugar, tuvo que ver la accesibilidad material y física, antes que económica, de los textos. Hasta la fecha, las bibliotecas de la gran mayoría de centros de estudios universitarios, y de entidades como la propia Academia de la Magistratura, están repletas de libros argentinos, y no sólo de derecho civil.

En segundo lugar, y en directa vinculación con lo anterior, influyó la accesibilidad idiomática. La pereza mental y, cómo no, la escasez de recursos determinan que muy pocos estén en capacidad de consultar obras de autores escritas en idiomas distintos del castellano. Sólo que, en relación con este punto, la primera razón, sumada al lamentable declive de la doctrina española, determinó que esta última fuera desplazada, en ascendencia para nosotros, por las obras de autores argentinos.

En tercer lugar, fue decisiva la buena fe de los lectores nacionales, que confían en poder conocer, aunque sea de segunda mano, a través de los textos argentinos, los conocimientos y los avances de ordenamientos jurídicos por los cuales profesa, a menudo irreflexivamente, admiración: primero entre todos, en este caso, el ordenamiento francés.

---

10 El muy famoso "caso Meroni", del cual rindo cuenta en mi trabajo "*Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento*", en "Revista peruana de jurisprudencia", año 4, núm. 18, Trujillo, 2002, págs. XV y sgtes., y ahora en el presente volumen. Véase *infra*, parte tercera, capítulo II, § 3.

Respecto de dicha jurisprudencia pueden consultarse, así mismo, dos estudios de la profesora Giovanna VISINTINI, "*La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*", en "Contratto e impresa", año I, 1985, págs. 653 y sgtes.; EAD., "*Il caso Meroni: un precedente giudiziale?*", en "La nuova giurisprudenza civile commentata", 1997, parte II, págs. 33 y sgtes.; ambos incluidos en el volumen de la misma autora, *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*, trad., ed. y notas de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, 2002, págs. 171 y sgtes., 229 y sgtes.

En cuarto y último lugar, fue determinante la cercanía geográfica. Los autores argentinos son, por naturaleza, autorreferenciales –como los franceses y estadounidenses, aunque, como es claro, no exista punto de comparación con el nivel habitual, sólo habitual, de estos últimos–, y aparentan estar dispuestos al diálogo y al intercambio de ideas con sus pares peruanos, a tal punto que participan, de buena gana, en congresos y certámenes académicos realizados en nuestro país, donde se tienden altavoces a su alrededor, para escuchar su palabra por todo el tiempo del mundo, y se les brinda el mejor de los tratos.

De hecho, creo que nuestros antropólogos tendrían aquí otro terreno de análisis para sus interesantes estudios sobre la pasmosa cordialidad del pueblo peruano para con los extranjeros, la cual no tiene parangón con el comportamiento que se suele practicar entre los propios peruanos ni, mucho menos, con la actitud de los dueños de casa cuando es el peruano el visitante o forastero, o cuando es el peruano el que pide, educadamente, la palabra.

El marco que se acaba de describir corresponde, qué duda cabe, al de una cultura débil y vulnerable[11].

Pero así comenzaban los años noventa, cuando quien escribe iniciaba sus estudios de Derecho. En aquel entonces, uno asistía a un congreso o seminario internacional y no veía la hora de escuchar al invitado argentino de turno, y de honor, elocuente y seguro de sí mismo.

Y, sin embargo, tal vez aquella credulidad no era tanta en el fondo.

Nadie de aquella generación – que yo recuerde – aspiraba, por ejemplo, a desarrollar estudios de posgrado sin apartarse de Sudamérica. Por las innegables oportunidades que facilita y propicia, la meta privilegiada ha sido, desde siempre, Estados Unidos. En menor medida, se pensaba en España, pero, una vez más, por razones predominantemente idiomáticas.

Aquélla, por lo demás, fue la época en que algunos de los profesores y noveles estudiosos que tenían la posibilidad, y la fortuna, de consultar información privilegiada, así como el valor y la dedicación que demanda la redacción de artículos o ensayos divulgativos, comenzaba a develar otros conocimientos. Y algunos –siempre "algunos", solamente– de los que habían tenido la oportunidad de realizar estudios en el exterior, volvían, no sólo con nuevos discursos, sino con su doctrina de cabecera bajo el brazo, que, en el mejor de los casos –pienso en el magnífico trabajo de los cultores del análisis económico del derecho en nuestro medio– traducían y difundían en revistas editadas por estudiantes.

Dicha labor es fundamental, porque el contacto directo con las fuentes permite desvirtuar los errados planteamientos de segunda mano, descreer de los puros ecos, descubrir copias flagrantes, desconfiar de las malas lecturas operadas en el país que nos transfiere sus especulaciones.

En más de una oportunidad he recordado lo ocurrido, por ejemplo, con la teoría del "bien debido" (traducción literal de la expresión italiana "*bene dovuto*") como objeto de la relación obligatoria, cuya paternidad corresponde al civilista, discípulo de Francesco Degni y

---

11 De "debilidad" del derecho y de las tradiciones jurídicas habla MONATERI, "*The Weak Law: Contaminations and Legal Culture*", en "Transnational Law & Contemporary Problems", vol. 13, 2003, págs. 575 y sgtes. Mucho más importante, para los propósitos de estas páginas es, sin embargo, la visión que el mismo autor propone de la teoría de los *legal transplants* del jurista escocés Alan WATSON, como "*powerful tool for a critical theory of comparative law because of its potentially deligitimizing role, the eventual revolutionary impact of which has not been properly understood*" (*ivi*, pág. 580).

Salvatore Pugliatti, y maestro de una generación de juristas de la Universidad de Roma, Rosario Nicolò (1910-1988)[12].

Dicha teoría, o más bien el "pellejo" de dicha teoría (su pura denominación, si se prefiere) llegó a nosotros por un distorsionado canal argentino[13], e imperó así en mi Facultad por algunos años, sin esqueleto ni sustancia, aunque en la voz de uno de los más importantes cultores de nuestra materia, hasta que un estudioso peruano revisó las páginas originales de Nicolò, además de otros materiales de primera mano –algunos de ellos suministrados por la benemérita biblioteca jurídica sanmarquina– que hubieron de servir para reconstruir fidedignamente, en nuestro propio país, el pensamiento del autor italiano.

Los aportes de los difusores nacionales del pensamiento foráneo, y sus tempranas revelaciones, no implican, sin embargo, que la tradicionalmente débil cultura jurídica peruana se reforzara y creara las barreras imprescindibles para su autónomo crecimiento: eran únicamente síntomas de una nueva mutación de la filiación doctrinal –cuando no ideológica– de nuestros autores, de los nuevos "trasplantes jurídicos"[14] que se iban a operar.

La "reconquista española", por ejemplo, se escenifica en el campo de la joven legislación en materia de libre competencia, competencia desleal, protección del consumidor, propiedad industrial y derecho societario en general. Por increíble que parezca, empero, lo determinante vuelve a ser la limitación lingüística, a pesar de que se trata, como es claro para todos, de áreas en las cuales se advierte, mucho más que en otras, la *Americanization*, o "globalización", de los ordenamientos jurídicos del mundo, y para cuyo óptimo y serio conocimiento resulta imprescindible, entonces, el dominio del inglés, así como la consulta de fuentes escritas en este idioma.

Con la copia de las leyes españolas correspondientes a las áreas que se acaban de indicar arriba, por supuesto, la bibliografía española al respecto, que en la actualidad continúa citándose o, peor aún, repitiéndose sin dar crédito a los autores, en las resoluciones del INDECOPI, y en las obras y comentarios nacionales dedicados al derecho mercantil[15].

Pero estos son otros problemas.

---

12 La tesis de NICOLÒ ha sido ampliamente desarrollada por uno de sus más ilustres discípulos: FERRI, Giovanni Battista, *El negocio jurídico* (1ª. ed. italiana, 2000), trad. de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima 2001, págs. 278 y sgtes.

13 "Distorsionado canal" que informa, incluso, alguna sentencia de nuestra Corte Suprema. En efecto, en la CAS. N°. 1689-97, del 1 de julio de 1998, a propósito de la noción de "pago", se indica que el "pago o cumplimiento es la realización de la prestación que le proporciona al acreedor el *objeto debido* para la satisfacción de su interés, al tiempo que extingue el vínculo y libera al deudor". Y se señala, como fuente, precisamente, a "WAYAR, Ernesto Clemente, *Derecho civil*, I, *Obligaciones*, pág. 224".

14 Véase *infra*, § 9 y nota (46).

15 FERNÁNDEZ NOVOA (cuando no ARACAMA ZORRAQUÍN, OTAMENDI o BERTONE y CABANELLAS, que son argentinos) y la revista "Actas de derecho industrial" para el derecho de marcas (en lugar, por ejemplo, del elemental "World Trademark Law Report"); BAYLOS CORROZA, para propiedad industrial; BERCOVITZ y BERCOVITZ, para la protección del consumidor; LEMA DEVESA, para libre competencia; todos los comentarios exegéticos a las leyes españolas copiadas po nosotros, publicados por la editorial Aranzadi en los últimos años; y la lista es interminable. En el derecho societario, me limitaré a recordar el "sacrosanto" *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por URÍA y otros.

La responsabilidad civil constituye uno de los terrenos en los cuales el itinerario que vengo recordando –porque, a estas alturas, no creo estar descubriendo nada– se refleja de manera por demás evidente.

La verticalidad del diálogo y la debilidad de nuestra cultura jurídica frente a la de Argentina quedan inmejorablemente graficadas si se piensa en la incorporación al discurso de nuestros autores de expresiones carentes de sentido, como "factor de atribución de responsabilidad"[16], de ideas endebles como la subdivisión de tales factores en "abuso del derecho", "equidad", "riesgo", "garantía", etc., en la inaceptable postulación del "abuso del derecho" como "factor de atribución" de la responsabilidad precontractual, en la defensa –mal importada de Francia– de la "garantía" como "factor de atribución" de la responsabilidad aquiliana por hecho de tercero, en el pésimo planteamiento, si no es que en la desfiguración, de la válida distinción germana entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, en la ridícula visión de la responsabilidad civil como "derecho de daños", y así por el estilo.

### 3.2. ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.

La unificación de la responsabilidad civil, como puede intuirse llegados a este punto, también forma parte del elenco de productos defectuosos que arriban a nuestro país desde la bibliografía argentina.

Hacia fines del decenio 1980-1990, en efecto, se difundió entre los estudiosos peruanos, proveniente, inequívocamente, de la doctrina argentina menos fiable y atendible, el discurso en torno de la llamada "unificación" de la responsabilidad civil[17].

---

16 La doctrina argentina habla, en efecto, de "factor de atribución" (subjetivo u objetivo) de responsabilidad civil, en lugar de "criterio de imputación".

Incluso dicha terminología va adquiriendo arraigo, inexplicablemente, entre nosotros, como se leía en un documento de trabajo de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, relativo a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. En el artículo 1321, 1er. párrafo, que se proyectaba se establecía lo siguiente: "Queda sujeto a la indemnización quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable, culpa leve o debido a un *factor de atribución* objetivo".

Este modo de proceder, como es claro, era tan inconveniente que habría exigido de los legisladores la elaboración de nuevas y no menos inútiles definiciones: "factor de atribución", "factor de atribución objetivo", "subjetivo", etc., todas inapropiadas, además, para un Código Civil.

Para otras críticas a los llamados "factores de atribución" véanse mis trabajos "*Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano*", en "Revista jurídica del Perú", año LV, núm. 63, Trujillo, 2005, págs. 110-111; y "*Actualidad de Jhering. La responsabilidad por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular*", en "Derecho y Sociedad", año XVII, núm. 26, Lima, 2006, págs. 287-288. Ambos estudios integran ahora el presente volumen. Véase *infra*, parte cuarta, capítulo IV, y parte quinta, capítulo II.

17 El discurso estándar en torno de la unificación de la responsabilidad civil puede conocerse si se consultan los libros de Lizardo TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2001, págs. 21 y sgtes.; de Olenka WOOLCOTT OYAGUE, *La responsabilidad civil de los profesionales*, ARA Editores, Lima, 2002, págs. 234 y sgtes.; y toda la bibliografía peruana menor citada por Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pág. 54, notas (114) y (115), la cual mueve a este último autor a concluir, sobre la base de un puro cálculo numérico, que existen una tendencia mayoritaria de la doctrina nacional que coincide con su modo de ver las cosas. De lo que se trata, en realidad, es de una demostración de que Jorge Luis BORGES tenía razón cuando afirmaba que la democracia es un "abuso de la estadística".

A la luz, por un lado, del superficial examen de ciertas diversidades en la regulación de ambas figuras, que se consideraban irrelevantes e incongruentes en el nivel de la práctica, y por otro lado, de la identificación de elementos comunes, se pretendía articular un esquema de normas comunes para los dos tipos de responsabilidad civil.

Los rasgos diferenciadores a los cuales se restaba importancia –sin que nadie se preocupara por analizar, en ningún caso, e imperdonablemente, su razón de ser– eran, entre otros: *a*) la admisibilidad de la compensación por daño moral sólo en la responsabilidad extracontractual[18]; *b*) la carga de la prueba; *c*) el fundamento objetivo de la responsabilidad; *d*) la mora; *e*) la competencia jurisdiccional; *f*) la prescripción; y *g*) la extensión del resarcimiento.

Mientras tanto, los elementos comunes eran, de conformidad con la terminología argentina: el "hecho antijurídico", el "daño", la "relación causal" entre hecho y daño, y el "factor de atribución de responsabilidad"[19].

Se hablaba, al mismo tiempo, no menos absurdamente, y con inexplicables aspiraciones de originalidad, del ya referido "derecho de daños", sobre la base de la arbitraria identificación de la reparación del damnificado como función primordial de la responsabilidad civil.

Al hacerse referencia a un "derecho de daños", en efecto, el elemento tomado en consideración deja de ser la "responsabilidad" en sí misma, y con ella, la imputabilidad. La atención se desplaza hacia las consecuencias perjudiciales para la víctima, las cuales –según se predica, como consigna– deben ser reparadas a toda costa.

Dicho cambio de rumbo es desaconsejable, desde todo punto de vista.

En ordenamientos jurídicos donde la atención se ha concentrado en los perjuicios y su reparación, los despliegues conceptuales de los juristas y de la jurisprudencia se han orientado, incesantemente, hacia la creación de nuevos, y las más de las veces, ambiguos, tipos de daño, con el nítido objetivo de hacer posible que la cantidad a desembolsar por parte del responsable, como resarcimiento, sea la mayor posible.

Con todo, algo que no puede dejar de resaltarse es que a partir de aquella época de trasplantes dogmáticos desacertados, entre Perú y Argentina, se han terminado formando, entre nosotros, dos posiciones doctrinarias bien definidas en favor de la "unificación" de marras.

La primera, que llamaré "ontológica", privilegia la unidad conceptual y funcional de la responsabilidad civil; la segunda, que llamaré "pragmática", sin descuidar el análisis conceptual, está claramente orientada hacia la preparación del camino para una normativa uniforme de la responsabilidad por incumplimiento y de la responsabilidad extracontractual.

## 4. LA PERSPECTIVA "ONTOLÓGICA" DE LA UNIFICACIÓN.

Según la perspectiva "ontológica"[20], la división *sine qua non* de la responsabilidad civil no se justifica, o en todo caso, se encontraría actualmente en crisis.

---

18 Un problema que no se presenta en el ordenamiento jurídico peruano, que reconoce como procedente la compensación a título de daño moral también en el incumplimiento de obligaciones (artículo 1322 del Código Civil).

19 Véase *retro*, nota (16).

La señalada división es apreciada, así mismo, como un "dogma" a erradicar. No existiría razón ni justificativo para aplicar a un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, regímenes de responsabilidad distintos.

El ejemplo que se propone es un accidente automovilístico: el choque de un ómnibus de transporte urbano contra uno de sus paraderos, donde hay personas que esperan abordarlo. Resultan afectados, con las mismas lesiones, un pasajero del vehículo, que sale expedido de éste, y uno de los sujetos que aguardaban. En el primer caso, la existencia de un boleto (por lo tanto, de un contrato de transporte) haría que el pasajero vea resarcidos los daños directos, inmediatos y previsibles; en el segundo, sería procedente el resarcimiento de los daños mediatos e imprevisibles, inclusive. En todo ello, se aprecia una injusticia.

Además, y más elaboradamente, se argumenta que las funciones de la responsabilidad civil son las mismas en el incumplimiento y frente a los actos ilícitos, sobre la base de la concepción de la "responsabilidad" como noción complementaria a la de relación obligatoria[21], entendiéndose esta última como una estructura compleja, es decir, caracterizada por la existencia de una serie de deberes accesorios que se coordinan con el deber central de prestación en un nexo funcional unitario.

## 5. LA PERSPECTIVA "PRAGMÁTICA" DE LA UNIFICACIÓN.

De acuerdo con la perspectiva "pragmática"[22], nítidamente identificable por su ingenua creencia en que las normas son fórmulas para zanjar debates doctrinarios, para consagrar puntos de vista caprichosos e insostenibles, y no para solucionar conflictos de intereses, se considera que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual sólo ha servido

---

20 La perspectiva "ontológica" es defendida por Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, "*Responsabilidad civil y derecho de daños*", en "El jurista", año 1, núm. 4, Lima, 1991, págs. 78 y sgtes.; pero, sobre todo, en ID., "*Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad*", en "Scribas-Revista de Derecho", año I, núm. 2, Arequipa, 1995, págs. 72 y sgtes., con importantes referencias a la obra de la profesora de la Universidad de Pisa, Francesca GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Giuffrè, Milán, 1993, *passim*, especialmente, págs. 230 y sgtes., que tiene un precedente en el artículo "*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*", en "Rivista critica del diritto privato", año V, 1987, págs. 79 y sgtes.; a todo lo cual hay que añadir, actualmente, las nuevas consideraciones de la autora en "*Responsabilità aquiliana e da inadempimento: un tema che non ha solo il fascino della tradizione*", en "Danno e responsabilità", 1997, núm. 5, págs. 538 y sgtes. También Giuseppe SBISÀ, "*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi*", y BUSNELLI, "*Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*", ambos en "Responsabilità civile e previdenza", vol. XLII, 1977, págs. 723 y sgtes., 748 y sgtes., respectivamente, han reflexionado, con fundamento, sobre la cuestión.

21 Esta perspectiva se alimenta, pues, de dos teorías de origen alemán: por un lado, la concepción de la relación obligatoria como estructura compleja, integrada por un deber de prestación primario (*primäre Leistungspflicht*), orientado hacia la satisfacción del interés creditorio, y múltiples deberes de protección (*Schutzpflichten*) frente a los bienes y a la persona del acreedor (véase *retro*; nota 7); por otro lado, la teoría del débito y la responsabilidad (sobre la cual, véase *infra*, § 7).

22 La perspectiva "pragmática" es la expuesta por Juan ESPINOZA ESPINOZA en su *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., págs. 40 y sgtes., pero ya en ID., "*Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil y extracontractual*", en "Revista del Foro", año LXXIX, núm. 2, Lima, 1991, págs. 225 y sgtes., especialmente, pág. 237: "no existe razón valedera alguna para mantener un sistema dual de responsabilidad civil, por cuanto las motivaciones ideológicas que lo sustentaron ya no existen. Es imperativo que bajo los nuevos valores que revitalizan la doctrina jurídica se efectúen las modificaciones legales que nos lleven a una regulación, si se nos permite la expresión, más justa del derecho".

–en las propias palabras de su defensor– "para satisfacer juegos intelectuales de juristas químicamente puros", y "para confundir a los operadores jurídicos".

Se entiende que tanto el incumplimiento de obligaciones cuanto la lesión de un derecho o legítimo interés ocasionan daños, y que, por ende, hacen que exista un "responsable" al cual hay que imponer una indemnización. Los dos tipos de responsabilidad tendrían nexos, entonces, con el principio de no dañar a nadie, con el deber general de *neminem laedere*[23], de modo que su separación carecería de sustento.

Parte de este discurso presta atención al problema práctico de dirimir si en los casos que generan dudas respecto de la aplicación de las reglas de la responsabilidad por incumplimiento o de la responsabilidad extracontractual, no sería conveniente permitir al damnificado decidir el ejercicio de la acción que más le convenga (teniendo en cuenta el plazo de prescripción o el régimen sobre la carga de la prueba, etc.)[24].

---

23 Véase *infra*, § 13.

24 En la jurisprudencia casatoria nacional, es digna de ser destacada, por repetir todos los lugares comunes de este endeble discurso, forjado, como he anotado, a partir de la doctrina argentina, la sentencia N.° 849-96, del 10 de septiembre de 1997, publicada en "Normas Legales", tomo 262, marzo de 1998, págs. A-14 y sgtes., cuyos tres primeros considerandos dicen así:

"PRIMERO: Que el Código Civil vigente adopta un sistema binario de responsabilidad civil: la responsabilidad contractual en el Libro Sexto, de las obligaciones, y la responsabilidad extracontractual en el Libro Séptimo, fuente de la obligación.

SEGUNDO: Que esta es una división clásica y secular, que se consagra después de una larga evolución en el derecho francés, para posteriormente ser acogida por nuestra legislación.

TERCERO: Que, sin embargo, esta tradicional dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema; es decir que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es, la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución, los que pueden variar de acuerdo a cada caso en particular".

En su voto singular, el vocal RONCALLA, expresa:

"PRIMERO: Que la impugnación se centra en si los daños reclamados se enmarcan dentro el ámbito contractual o dentro del ámbito extracontractual, dado que nuestra legislación civil las diferencia y regula de manera diferente.

SEGUNDO: Que la cuestión radica, básicamente, en que dependiendo del ámbito de responsabilidad en el que nos situemos, varían las normas respecto del "*onus probandi*".

[...].

NOVENO: Que la responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas, sino que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero que tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es una relación contractual.

DÉCIMO: Que, en esos casos, como en el presente, el perjudicado no sólo dispone de una inequívoca acción, sino que dispone de ambas a la vez, siendo más realista entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar el daño no es tanto el factor que configure la acción, dotándola de una única naturaleza, en cuanto se debe entender que no son sólo fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho son intercambiables por el principio *iura novit curia*, siempre y cuando se hayan probado los elementos del derecho indemnizatorio que son un causante, una víctima, nexo de causalidad, negligencia, culpa o la existencia de responsabilidad objetiva".

Con óptica, igual de inaceptable, en la sentencia N.° 1312-96, citada en *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2002, pág. 425, se señala que "los límites y diferencias de la

Con la admisión de la legitimidad de tal opción, o de la posibilidad del cúmulo o concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual, se cree contar –equivocadamente, como se apreciará a continuación– con un argumento más para el reconocimiento de la unidad del sistema de responsabilidad civil.

## 6. IMPOSIBILIDAD E INUTILIDAD DE LA UNIFICACIÓN.

Ninguna de las propuestas favorables a la unificación puede ser compartida[25].

---

responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado, tanto por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de responsabilidad civil cuyo núcleo gire en torno a la prevención del daño y en la reparación de la víctima".

25 Mi posición, contraria a la unificación de la responsabilidad civil, ya aparece esbozada en LEÓN, Leysser L. y Jaime REYES MIRANDA, *Responsabilidad civil de los abogados. Bases para un estudio de la responsabilidad civil profesional en el Perú*, tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, julio de 1998, *passim*, y en mi artículo "*La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera «Escuela» de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de las obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)*", en "Ius et Veritas", año XIII, núm. 26, Lima, 2003, págs. 15 y 19.

En este acápite, he tenido como guía el volumen de CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 2003, págs. 5 y sgtes., así como el parecer prácticamente unánime de la doctrina italiana, de la cual me limitaré a citar: SCOGNAMIGLIO, voz "*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV, Utet, Turín, 1968, pág. 672; DI MAJO, Adolfo, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, al cuidado de Francesco GALGANO, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1988, págs. 230 y sgtes.; ID., *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Turín, 1997, págs. 113 y sgtes.; ID., *La tutela civile dei diritti*, 3ª. ed., Giuffrè, Milán, 2001, págs. 192 y sgtes.; DE GIORGI, Maria Vita, voz "*Danno* I) *Teoria generale*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pág. 6 (de la separata); BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., págs. 546 y sgtes.; SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato*, al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 8 y sgtes.; MONATERI, Pier Giuseppe, *Responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo SACCO, Utet, Turín, 1998, págs. 8 y sgtes.; ID., *Manuale della responsabilità civile*, Utet, Turín, 2001, págs. 13 y sgtes.; VISINTINI, voz "*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, págs. 1 y sgtes. (de la separata); EAD., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª. ed., Cedam, Padua, 1999, págs. 197 y sgtes.; y las declaraciones de la misma autora en mi *Nota del traductor* a EAD., *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*, cit., págs. 24-25.

De CORSARO, puede consultarse mi traducción al castellano del artículo: "*«Neminem laedere» y derecho a la integridad*", en "Proceso & Justicia", núm. 3, Lima, 2002, págs. 146 y sgtes., especialmente, pág. 150: "quien pretenda atenuar o cancelar la distinción entre los dos diversos sectores de la responsabilidad debe, en primer lugar, identificar los intereses que constituyen sus bases y que son protegidos por la ley en ambos sectores, con el fin de demostrar la identidad de estos, o de construir un sector unitario como objeto de la protección. En efecto, sin «unificar» el interés protegido, no se podrán unificar los dos sectores, porque sólo la unicidad del interés podrá conducir a una unificación del régimen (incluso a través del expediente técnico del concurso de normas aplicables). Pero ello no basta: después se deberá identificar, necesariamente, quién está obligado a satisfacer el interés protegido, para poder afirmar su responsabilidad en caso de lesión a tal interés".

La tendencia, plena de sentido común, y casi absoluta, de la doctrina italiana, es mucho más destacable si se tiene en cuenta que existe, entre las normas de responsabilidad derivada de hechos ilícitos del Código Civil italiano, una cláusula de reenvío (artículo 2056) a las disposiciones en materia de incumplimiento de obligaciones, para efectos de la valorización de los daños. Ni siquiera un acercamiento semejante ha instado a proponer la absurda unificación.

PUGLIESE, "*Relazione finale*", cit., pág. 357, atribuye a Hugo GROCIO, *De iure belli ac pacis* (1625), la inclusión en la responsabilidad civil de la situación del deudor que incumplía injustificadamente una obligación,

Hay que evitar, ante todo, un acostumbrado modo de ver las cosas que ponía punto final a la discusión al afirmar que la distinción entre ambos tipos de responsabilidad se sustentaba, exclusivamente, en la existencia o inexistencia de una relación obligatoria previamente establecida entre el damnificado y el dañador.

Igual de ineficaz parece ser, ahora, el respaldo histórico, es decir, la alguna vez fiable "tradición" que deducía de un pasaje de las *Instituciones* de Gayo (III, § 88) la *summa divisio* imperecedera de las obligaciones: *omni enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, es decir, la enseñanza de que la voluntad humana crea obligaciones, sea con actos o negocios jurídicos conformes al ordenamiento, o bien con actos contrarios a éste[26].

---

derivada de contrato u acto lícito análogo, lo cual habría dado lugar a la distinción de una responsabilidad civil contractual (o por incumplimiento) y de una responsabilidad civil extracontractual (o por ilícito). Sobre GROCIO, y sobre la influencia del iusnaturalismo en la concepción moderna de la responsabilidad civil, véase *infra*, § 13.

Entre nosotros, son de destacar las siempre lúcidas reflexiones del profesor Fernando de TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, vol. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, págs. 441 y sgtes., especialmente, pág. 451: "el juez que tiene a su cargo un caso de responsabilidad extracontractual se encuentra frente a una mucho mayor indefinición que el juez que tiene que resolver un caso de responsabilidad contractual. Para establecer el daño resarcible, no le basta comparar el texto con los hechos, lo pactado con lo ejecutado, el documento con la vida: tiene que hurgar dentro de su conciencia jurídica y decidir si el daño recién estrenado, no sujeto a libreto alguno, es susceptible de reparación". Sin perjuicio de ello, el autor aconseja (*ivi*, pág. 526), que "la unidad del campo de la responsabilidad civil nos obliga a colocar juntas las normas sobre responsabilidad contractual y extracontractual [...], es posible juntar las dos responsabilidades de manera de constituir una Sección Tercera (no un simple Título) del libro VI [del Código Civil], suprimiendo el Título IX de la Sección Segunda del libro VI y la Sección Sexta del Libro VII. De otro lado, es posible también juntarlas de manera de constituir la Sección Sexta del Libro VII, suprimiendo el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI. Ya sea que se opte por una u otra solución, la nueva Sección debe denominarse «De la responsabilidad civil» y contener cuatro Títulos: las reglas comunes de la responsabilidad civil y las reglas particulares correspondientes a la responsabilidad vinculada a la existencia de una promesa previa (ya se trate de contrato o de promesa unilateral), a la responsabilidad por daño intolerable y a la responsabilidad por accidentes".

Para Manuel de la PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*, 2ª. ed., t. I, Palestra Editores, Lima, 2001, pág. 368: "interpretando el sistema de nuestro Código Civil en materia de responsabilidad a la luz de la lógica, deben considerarse dos clases de responsabilidad: la derivada de la inejecución de las obligaciones creadas por los actos a que se refieren las Secciones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta del Libro VII; y la derivada de la ejecución de actos ilícitos [...], que corresponde a la que regula la Sección Sexta del mismo Libro".

26 Hay otro aspecto en el que los romanos distinguieron la responsabilidad derivada de la lesión a los derechos reales y la derivada del incumplimiento de una obligación: en el primer caso, nacía el derecho a pretender la reintegración de la situación patrimonial afectada (*rei persecutio*), pero si se daban ciertos presupuestos (como los de sustracción de cosas, o *furtum*, por ejemplo), también podía concurrir el derecho a pretender que el autor de la lesión padeciera una sanción patrimonial (*poena*) fija o proporcional a la gravedad del hecho; en el segundo caso, sólo era viable la *rei persecutio*, a menos que mediara la asunción voluntaria de otra sanción (por ejemplo, con una pena convencionalmente pactada).

Las acciones para la protección de la propiedad y de los derechos sobre las cosas ajenas, por estar dirigidas a afirmar pretensiones actuales (que pueden, entonces, ser opuestas frente a todos) se llamaban "*in rem*". Por ello se habla de "derechos reales" o "absolutos". En cambio, las acciones para hacer valer expectativas (las cuales podían ser dirigidas hacia quien estaba obligado a asegurar su realización) se llamaban "*in personam*". Tal es el origen de los derechos "de obligación" o "relativos".

Y a estas alturas, por otro lado, cuando la reforma del Código Civil vigente se ha reactivado, tampoco seguirá teniendo carácter decisivo afirmar, como sí era posible antes, la clara separación legislativa de ambas especies de responsabilidad.

En efecto, el sistema imperante, pese a todas las críticas, regula en dos lugares distintos la "inejecución de obligaciones" y la responsabilidad extracontractual. Basta atender a la regulación vigente para que queden reducidas a puras especulaciones, y a verdaderos "juegos intelectuales", los discursos unificadores.

Para bien o para mal, además, en el Código Civil se presentan las siguientes diferencias:

*a*) El plazo de prescripción es de diez años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para la responsabilidad extracontractual (artículo 2001, números 1 y 4).

*b*) En cuanto a la prueba, existen una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329); el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1330). En la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo[27] o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969).

*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). En la responsabilidad extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puedan enlazarse con el acto ilícito, de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales, por decisión del legislador, son los de la teoría de la "causalidad adecuada" (artículo 1985).

*d*) En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículos 1321 y 1322). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de "daño a la persona" (artículo 1985).

*e*) En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985).

Como señalé en el acápite anterior, los partidarios de la unificación –al menos los que inspiran a quienes han adherido a ella en el Perú– se identifican por su desatención injustificada hacia la razón de ser de cada una de las diferencias señaladas.

En primer lugar, lo de la prescripción es un mal punto de referencia para las propuestas unificadoras. No se puede razonar a partir de situaciones excepcionales, como la del damnificado que no hace valer sus derechos oportunamente por la vía judicial. Por si no bastara tan obvia reflexión, nadie ha pensado ni pensaría jamás en defender, seriamente, el carácter binario del sistema de responsabilidad civil sobre la base de algo tan sujeto a la política legislativa como la fijación de los plazos prescriptorios[28].

---

27 Esta es una peculiaridad del Código Civil peruano: la virtual "presunción de dolo" en la responsabilidad extracontractual. Sobre este punto, véase *infra*, § 17.

28 En Alemania, con el *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, la "Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones" del 2001, en vigor desde enero del 2002, y reformadora del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), se

Como quiera que sea, el plazo difiere legítimamente en los dos tipos de responsabilidad por la necesidad de un temprano ofrecimiento de las pruebas necesarias para la determinación judicial de los supuestos que hacen viable el resarcimiento extracontractual[29].

Tal urgencia no se presenta en el resarcimiento debido por incumplimiento, que protege el derecho a una prestación regulada y programada en el negocio jurídico que le dio origen. Hay, en dicho caso, y en virtud de la ley, una "perpetuación" de la relación obligatoria (*perpetuatio obligationis*), bajo la especie del resarcimiento, que está previsto para amparar la posición del acreedor.

En la responsabilidad extracontractual, en cambio, el resarcimiento representa una pretensión nueva y autónoma de la víctima, que obedece a su situación lesionada, y ello es lo que justifica que se decida normativamente, en la generalidad de los ordenamientos de familia romanista y germana, una extensión no tan amplia –lo cual, entiéndase, no es lo mismo que optar por una extensión "breve"[30]– del plazo prescriptorio, en comparación con el supuesto anterior.

En segundo lugar, en la responsabilidad por incumplimiento se resarcen, como pauta, los daños previsibles al momento de surgimiento de la relación obligatoria porque las reglas del negocio jurídico de origen imponen al deudor la asunción 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 inejecución 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[31].

---

ha establecido un plazo ordinario de prescripción (§ 195 *Regelmäßige Verjährungsfrist*) de tres años para las pretensiones de fuente obligativa y extracontractual, pero nadie ha tenido la idea descabellada de conexionar la decisión del legislador germano, lícitamente arbitraria, con la unificación de la responsabilidad civil.

Con coherencia y técnica legislativa dignas de seguir, la reforma del BGB ha establecido (§ 199, núm. 2) que cuando se trata de daños por muerte, o por lesiones al cuerpo, a la salud o a la libertad, el plazo de prescripción, sin importar la naturaleza de la responsabilidad, será de treinta años a partir de la fecha en que tuvo lugar el acto, lesión del contrato u otro evento generador del daño.

29 Así lo entendieron los redactores del Código Civil italiano de 1942, y dejaron constancia de ello en la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo, que se conoce como *Relazione del Guardasigilli al codice civile*, por haber sido redactada por el ministro de justicia y gracia (el "guardasellos") de la época: Dino GRANDI (1895-1988).

30 Con mejor criterio, a propósito de las críticas de la perspectiva "ontológica", el plazo para demandar por responsabilidad extracontractual es quinquenal en el Código Civil italiano, y no sólo de dos años, como en el nuestro.

31 Mis observaciones sobre la justificación de la diversidad de los plazos prescriptorios adhieren a lo expuesto por SCOGNAMIGLIO, voz "*Risarcimento del danno*", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVI, Utet, Turín, 1969, págs. 26 y sgtes.; Adriano DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª. ed., vol. II, Giuffrè, Milán, 1979, págs. 271 y sgtes.; Ugo MAJELLO, "*Responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale*", en *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., págs. 77 y sgtes.; y por VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, en *Il Codice civile-Commentario*, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 40; EAD., *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., pág. 199, nota (6). Las relativas a la previsibilidad de los daños siguen la línea de pensamiento de BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 2ª. ed., en *Commentario del codice civile*, al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1979, págs. 373 y sgtes., y sobre todo, de Claudio TURCO, "*Brevi*

En tercer lugar, la inclusión del "daño a la persona" en el resarcimiento extracontractual constituye una peculiaridad del Código Civil peruano que obedece a la errada visión de un concepto ya comprendido en el de "daño moral"[32].

Lo de la mora, en fin, se funda en una decisión del legislador, que prefirió no adoptar el régimen de la mora automática en materia de incumplimiento.

Pero con una reforma en camino, se hace más latente la exigencia de analizar el fondo de la cuestión.

Existe una diferencia básica en relación con los objetivos: las reglas de la responsabilidad extracontractual previenen y reprimen de manera *ex post* hechos dañosos, a través de la remoción de las consecuencias perjudiciales provocadas; las reglas de la responsabilidad por incumplimiento, en cambio, garantizan al acreedor la armónica ejecución de la prestación comprometida en la relación obligatoria.

La responsabilidad por incumplimiento deriva de la privación al acreedor de aquella ventaja que él tenía la legítima expectativa de obtener. En el caso de los contratos con prestaciones recíprocas, como la compraventa, la situación es más evidente, porque puede haberse ya producido la atribución de una ventaja a una de las partes, mientras que la esperada por la otra se frustra ilícitamente. En oposición, lo que se presenta en la responsabilidad extracontractual es un empeoramiento no querido, como es obvio, del *statu quo* de un sujeto.

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 lado, para la protección de la situación del sujeto que se ve empeorada 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, así mismo, 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[33].

La unificación pretendida no puede prescindir, además, de la previa, e imposible, demostración de que el interés protegido por el ordenamiento –es decir, el objeto de la infracción– es el mismo en los dos tipos de responsabilidad, y en no menor medida, la demostración de que las personas llamadas a responder serán las mismas en ambos casos.

Cuando se presenta el incumplimiento, el acreedor dispone de una pretensión que sólo puede oponer, en tanto derecho a la prestación, al deudor[34]. Distintamente, las situaciones jurídicas subjetivas, por cuya integridad vela el ordenamiento, y cuya infracción activa la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, son oponibles a todos.

En cuanto al cúmulo o concurso de responsabilidades, es inaceptable considerarlo como reconocimiento de la unidad del sistema de responsabilidad civil.

---

*considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*", en "Rivista critica del diritto privato", año V, 1987, págs. 93 y sgtes.

32 Véase *infra*, parte tercera, capítulos III y IV.

33 En otros códigos civiles, como el italiano, se prevé también el remedio de la reintegración en forma específica, que en nuestro medio era decidida, hasta hace poco, por el Indecopi, cuando estaba de por medio una relación de consumo.

34 Véase, sin embargo, lo señalado *retro*, § 2, sobre la protección aquiliana del crédito.

Debo señalar, ante todo, que no conozco a ningún autor que haya analizado a cabalidad el tema y que luego haya pretendido formular una visión semejante[35].

De todas maneras, hay que referir que el cúmulo constituye, a la vez, una situación y una solución elaborada, en vía interpretativa, por la jurisprudencia extranjera[36], que se presenta exclusivamente, y excepcionalmente, cuando se evalúan los hechos que dan lugar, por igual, a la responsabilidad por incumplimiento y a la responsabilidad extracontractual. Los ejemplos más citados en los manuales son los daños que los productos defectuosos generan para la integridad psicofísica, o para la salud en general, de los consumidores: hay un derecho de estos, amparado en el contrato en virtud del cual adquirieron el bien, y al mismo tiempo, la lesión de un derecho fundamental de la persona.

Lo que no se puede dejar de destacar es que el cúmulo sólo es concebible con el presupuesto de la previsión legal de remedios distintos para ambas especies, de modo que a la víctima le resulte más ventajoso poner en acción uno en lugar del otro.

Por cuanto la única y verdadera, y la única admisible, "unificación de la responsabilidad civil", a saber, la conceptual y funcional, constituye una quimera, toda invocación o intento legislativo encaminado hacia la uniformización de dos entidades que han sido, son y seguirán siendo distintas, aunque la ley vuelva comunes algunas de sus reglas, carece de sustento y de utilidad.

## 7. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

En el derecho civil, especialmente en el área de las obligaciones, se habla también de la "responsabilidad patrimonial" del deudor[37].

---

35 Sobre el cúmulo de responsabilidad por incumplimiento y responsabilidad extracontractual es útil la consulta del magnífico estudio de derecho comparado de MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Cedam, Padua, 1989, págs. 4-5: "un verdadero problema de cúmulo nace sólo si los remedios son operacionalmente distinguibles, de modo que uno resulte mejor que el otro para la víctima del daño en algún aspecto. El cúmulo es requerido sólo 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".

En Alemania se habla de *Anspruchskonkurrenz*, "concurso de pretensiones", pero también de *Kumulierung der Haftungstatbestände*, esto es, de "cúmulo de los supuestos de responsabilidad". Todo ello lo refiere Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª. ed., Carl Heymann, Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, 1996, págs. 22-23.

En la doctrina francesa contemporánea, Philippe RÉMY, "*La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*", en "Revue trimestrielle de droit civil", 1997, pág. 353, luego de rendir cuenta sobre la minoritaria, si bien autorizada, posición de André TUNC, favorable a la unificación, concluye que esta es imposible, y que constituiría, además, un remedio inadecuado para los problemas de coherencia del régimen francés en materia de responsabilidad civil.

36 Se admite en Alemania, Italia y, con singularidades, en los países del *common law*; se rechaza en Francia, donde rige el principio del *non-cumul des responsabilités*.

37 Sobre la responsabilidad patrimonial: GIORGIANNI, Michele, *L'obbligazione*, lecciones dictadas en la Universidad de Catania (1944-1945), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1968, págs. 157 y sgtes.; ID., voz "*Obbligazione*", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Utet, Turín, 1965, págs. 609 y sgtes.; BARASSI, Lodovico, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2ª. ed., vol. I, *La struttura*, Giuffrè, Milán, 1948, págs. 101 y sgtes.; LONGO, Giannetto, *Diritto delle obbligazioni*, Utet, Turín, 1950, págs. 5 y sgtes.; NICOLÒ, Rosario, *Istituzioni di diritto privato*, I, Giuffrè, Milán, 1962, págs. 123 y sgtes.; y más recientemente, ROPPO, "*La responsabilità*

Dado que se trata de una institución jurídica distinta de la responsabilidad civil, conviene hacer referencia a ella en este punto.

La responsabilidad patrimonial, que es como se denomina a la exposición del patrimonio del deudor a la ejecución de un crédito que no ha sido honrado, obedece a un principio general, propiamente dicho, y que ha recibido consagración normativa expresa en algunos Códigos Civiles, como el español y el italiano[38], a tenor del cual, uno responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros.

El debate en torno de la responsabilidad patrimonial es de antigua data.

La doctrina alemana de fines del siglo XIX, en investigaciones que escrutaron las raíces históricas del derecho germano, dio forma a la idea de que, en las relaciones obligatorias, la deuda (*Schuld*) y la responsabilidad (*Haftung*) eran conceptos distintos y autónomos; que la responsabilidad patrimonial, que se plasmaba en la disponibilidad de los bienes del deudor, si así lo requería la satisfacción del interés del acreedor, ocupaba el lugar central en toda relación obligatoria, incluso en mayor medida que la deuda, la cual bien podía estar ausente.

Se especulaba, entonces, que podían existir relaciones "de puro débito": las nacidas del juego, por ejemplo, en las cuales el ordenamiento no impone al perdedor cumplir la prestación debida al ganador, sino que se limita a reconocer que lo pagado no puede recobrarse; y relaciones de pura responsabilidad: el ejemplo clásico es el sometimiento a ejecución forzada que pende sobre el tercero propietario de un inmueble hipotecado por una deuda ajena; dicho tercero, como salta a la vista, no tiene un deber personal de prestación.

Los juristas italianos de la primera mitad del siglo XX acogieron masivamente la teoría, y, al desarrollarla, incidieron en algo también destacado por sus pares alemanes: que las bases de la posibilidad de separar la deuda y la responsabilidad se hallaban en el derecho romano mismo, donde era dable diferenciar, respectivamente, el *debitum* y la *obligatio*. El primero sería el deber de observar el comportamiento debido; el segundo, la sujeción de los bienes o de la persona del deudor a la "agresión" por parte del acreedor.

Esta línea de pensamiento, hoy prácticamente abandonada, pero curiosamente vigente en un sector de la doctrina española y latinoamericana –que, además de confundir responsabilidad patrimonial con responsabilidad civil, se esfuerza, sin posibilidad de éxito, en demostrar que la responsabilidad forma parte de la estructura de la relación obligatoria– se hizo famosa como la teoría del "débito y la responsabilidad"[39].

---

*patrimoniale del debitore*", en *Trattato di diritto privato*, dirigido por Pietro RESCIGNO, t. 19, *Tutela dei diritti*, Utet, Turín, 1985, especialmente, págs. 416 y sgtes.; ID., voz "*Responsabilità patrimoniale*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, págs. 1041 y sgtes.; BRECCIA, Umberto, *Le obbligazioni*, en *Trattato di diritto privato*, al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milán, 1991, págs. 60 y sgtes.

38 Código Civil español de 1889: "1911. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros".

Código Civil italiano de 1942: "2740. *Responsabilidad patrimonial*.- El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros".

39 Sobre la teoría del débito y la responsabilidad, pueden consultarse: ENNECCERUS, Ludwig, y Heinrich LEHMANN, *Rechts der Schuldverhältnisse*, trad. al castellano de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, *Derecho de obligaciones*, 2ª. ed., al cuidado de José PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1953, págs. 9 y sgtes.; y LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts* (2ª. ed., 1957), trad. al castellano de Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, págs. 31 y sgtes.

Es fácil de comprobar, por otro lado, que sólo son posibles las relaciones de pura responsabilidad, o de responsabilidad sin deuda. Aunque la expresión "obligación natural" se mantenga, no hay quien crea que esta figura pueda asimilarse, en su configuración, efectos y relevancia jurídica, a la relación obligatoria.

La responsabilidad patrimonial, adviértase, no hace que nazca ningún deber para el responsable (por lo demás, ya vinculado para el cumplimiento de una obligación). Lo que ocurre, en realidad, es que el deudor que no cumple se ve expuesto a la pérdida de sus bienes por iniciativa del acreedor. Se trata, como se aprecia, de un instrumento que asegura la realización (coactiva, en este caso) del derecho del acreedor. Por ello, la situación jurídica que se presenta aquí es más bien la exposición al proceso de ejecución forzada a instancias del acreedor, que puede agredir el patrimonio del deudor que no cumple.

El indicio más claro de la vigencia del principio general de la responsabilidad patrimonial del deudor, entre nosotros, es la regulación de la acción revocatoria, irrazonablemente inserta en el libro del Código Civil dedicado al negocio jurídico, bajo el título, igualmente inexacto, de "fraude del acto jurídico"[40].

La acción revocatoria, también llamada "acción pauliana", apunta a evitar la disgregación o desaparición de los bienes que componen el patrimonio del deudor por transferencias que este podría realizar con la finalidad de librarlos de la ejecución forzada.

Este último tipo de operaciones, en tanto y en cuanto atenten contra la posibilidad de liquidar los créditos, constituirán lo que se conoce como "fraude de acreedores", y autorizarán

---

En la bibliografía italiana, mantienen su valor informativo los estudios del profesor de las Universidades de Pavía y Milán, Calogero GANGI, "*Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*", en "Rivista italiana per le scienze giuridiche", vol. LVII, 1916, págs. 255 y sgtes.; ID., "*Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*", en "Rivista di diritto civile", año XIX, 1927, págs. 421 y sgtes.; ID., "*Il concetto dell'obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilità*", en "Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale", vol. IV, parte I, 1951, págs. 22 y sgtes.; ID., *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milán, 1951, págs. 9 y sgtes.; ID., "*Ancora sul concetto dell'obbligazione e sulla distinzione tra debito e responsabilità*", en "Nuova rivista del diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale", vol. VII, parte I, 1954, págs. 98 y sgtes.; de Giovanni PACCHIONI, "*Concetto e origine dell' «obligatio» romana*", apéndice a su traducción de SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Das obligationenrecht*, vol. I, Utet, Turín, 1912, págs. 517 y sgtes.; y de Salvatore ORLANDO CASCIO, "*Il concetto di «obbligazione» nella dottrina*", en "Il Circolo giuridico", 1934, parte I, especialmente, págs. 383 y sgtes.; así como las páginas, más bien críticas, de Francesco CARNELUTTI, "*Appunti sulle obbligazioni*", en "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", vol. XIII, 1915, págs. 561 y sgtes.; ID., "*Diritto e processo nella teoria generale delle obbligazioni*", en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Cedam, Padua, 1927, especialmente, págs. 315 y sgtes.; de GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., págs. 176 y sgtes.; de Antonio CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, Milán, 1948, págs. 12 y sgtes.; y más recientemente, de DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., págs. 101 y sgtes.; de BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione* (1ª. ed., 1990), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, págs. 27-28; y de BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., págs. 67 y sgtes.

Entre nosotros, además de las referencias de FERNÁNDEZ CRUZ, "*Responsabilidad civil y derecho de daños*", cit., págs. 94 y sgtes., es de imprescindible lectura el estudio de Freddy ESCOBAR ROZAS, "*El débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación: historia de una confusión*", ahora en ID., *Teoría general del derecho civil*, ARA Editores, Lima, 2002, págs. 57 y sgtes.

40 Sobre la acción revocatoria y el fraude de acreedores, he tenido a la vista: CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., págs. 25 y sgtes.; y BIGLIAZZI-GERI, Lina, voz "*Revocatoria (azione)*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, págs. 1 y sgtes. (de la separata). Sobre la ineficacia de los actos realizados en fraude de acreedores, entre nosotros, puede verse: PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, "*Unas reflexiones en torno a la ineficacia proveniente de la acción revocatoria*", ahora en ID., *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Jurista Editores, Lima, 2002, págs. 163 y sgtes.

al acreedor, en virtud del artículo 195 de nuestro Código Civil, "aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo", a "pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que se renuncie a derechos o con los que se disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito"[41].

En tal estado de cosas, resulta innecesario destinar una norma explícita a la responsabilidad patrimonial, como se pretende en los actuales proyectos de reforma del Código Civil, pues dicho principio puede deducirse de la normativa en materia de fraude de acreedores.

## 8. LA LLAMADA RESPONSABILIDAD "OBJETIVA".

La expresión "responsabilidad objetiva"[42] es continuamente empleada en nuestro campo de estudio.

Todo cuanto hay que anotar ahora es que la responsabilidad civil involucra la aplicación de una técnica, dado que se requiere la identificación de un nexo entre algo que se juzga ilícito –inejecución de la prestación con daño para el acreedor, por ejemplo– y una persona a la cual se impondrá el resarcimiento. Ello se realiza con el recurso a ciertos criterios, que tienen en cuenta, fundamentalmente, y tradicionalmente, la actitud deliberada o descuidada del que terminará siendo llamado a responder.

Por lo general, se entiende que la responsabilidad "objetiva" es, contrariamente, aquella que, en su determinación, prescinde del análisis de la conducta del responsable.

---

41 En este punto, el codificador peruano ha imitado parcialmente al italiano, quien señala: "2901. *Condizioni.*- El creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni [...]".

Sólo que la norma original, por nosotros copiada, se halla inserta, con buena técnica legislativa que también habría nos habría convenido seguir, en el capítulo dedicado a los medios de conservación de la garantía patrimonial, junto con la acción subrogatoria y con el secuestro conservativo.

Se trata, en efecto, de la Sección II, *De la acción revocatoria*, la cual se ubica, a su vez, en el Libro sobre la *protección civil de los derechos*.

La sistemática del Código Civil italiano se perdió, pues, por causa de una importación normativa mal hecha, en la cual se confundió, además, la expresión "fraude de acreedores" con la del "fraude a la ley", que es, en cambio, la realización del resultado de un negocio ilícito a través de uno o varios negocios que no están prohibidos, y que da lugar a la nulidad.

Paradójicamente, el "fraude a la ley", que sí es materia negocial, no es regulado en la normativa correspondiente de nuestro Código Civil. Perpetuando este error de sistemática legislativa, los autores de las *Propuestas de Reforma del Código Civil*, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano", el 11 de abril de 2006, proponen adicionar un artículo II-C al título preliminar (¡!), con el siguiente texto: "Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en una norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir".

42 Sobre la responsabilidad objetiva he consultado: SCOGNAMIGLIO, "*Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*", en ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Cedam, Padua, 1996, págs. 395 y sgtes.; LEVI, Giulio, *Responsabilità civile e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milán, 1986, *passim*, especialmente, págs. 17 y sgtes.; FORCHIELLI, Paolo, voz "*Responsabilità oggettiva* I) *Disciplina privatistica*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, págs. 1 y sgtes. (de la separata); CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, 2ª. ed., Giuffrè, Milán, 1997, págs. 33 y sgtes.

El problema de toda esta terminología es que se añaden matices a una visión tan simple de la responsabilidad "objetiva", como sería la última indicada.

Se afirma, entonces, que la peculiaridad de la responsabilidad "objetiva" es, en realidad, la admisibilidad, como únicas circunstancias eximentes, del caso fortuito y la fuerza mayor.

Desde otro ángulo visual, se replica que la presencia del caso fortuito y la fuerza mayor son, verdaderamente, demostraciones de la inexistencia de culpa del imputado; y siendo así, la responsabilidad sigue siendo subjetiva, sólo que la misma resultará "agravada"[43].

Por tales razones, yo soy de la idea de que los únicos casos de responsabilidad "objetiva" son aquellos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone.

En el ordenamiento italiano, la figura se presenta, por ejemplo, en los casos de daños ocasionados por la manipulación de la energía nuclear. En el nuestro, puede citarse el supuesto del artículo 1981 del Código Civil, donde se regula la llamada "responsabilidad vicaria" del empleador por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio respectivo. La norma imputa la responsabilidad al patrón, sin posibilidad para éste de eximirse con el pretexto de alguna circunstancia extraña.

En estos pocos supuestos, sería preferible la expresión responsabilidad "absoluta"[44].

Sin embargo, soy consciente de que la expresión "responsabilidad objetiva" se encuentra demasiado enraizada en el lenguaje como para pretender erradicarla, por lo cual me limito a señalar su erroneidad.

## 9. EL VALOR DE LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA Y DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA.

El Código Civil, qué duda cabe, es un producto de la cultura, entendida, esta última, como modo de ser de una sociedad en un espacio y lugar determinados[45].

En no menor medida, sin embargo, la codificación refleja también la formación cultural de sus artífices.

Es a todas luces ilegítimo atribuir a la defectuosa regulación de la responsabilidad extracontractual en nuestro Código Civil –que, con la del libro de obligaciones y la del libro de sucesiones, es una de las que más falta a la coherencia, y de peor estructura interna– todos los

---

43 La expresión responsabilidad "agravada" aparece en el *Manuale di diritto privato* de Andrea TORRENTE y Piero SCHLESINGER, 13ª. ed., Giuffrè, Milán, 1990, págs. 692 y sgtes.

44 La responsabilidad "absoluta" es enunciada por Cesare GRASSETTI, "*La responsabilità civile per la produzione e l'impiego dell'energia nucleare*", en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, Utet, Turín, 1960, págs. 941 y sgtes., y tiene lazos con la responsabilidad "por pura causalidad" concebida por el jurista triestino Giacomo VENEZIAN, "*Danno e risarcimento fuori dei contratti*", en ID., *Opere giuridiche*, vol. I, *Studi sulle obbligazioni*, Athenaeum, Roma, 1919, págs. 42-43, de la cual he rendido cuenta en mis estudios "*El análisis económico del derecho civil en Italia: un inventario histórico-bibliográfico mínimo*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 42, Lima, 2001, pág. 318, y "*Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales*", en "Derecho y Sociedad", año XII, núm. 16, Lima, 2001, págs. 279 y sgtes. Ambos trabajos forman parte del presente volumen. Véase *infra*, parte segunda, capítulo único, y parte cuarta, capítulo I.

45 La definición de cultura como "modo de ser de una sociedad" es del poeta Thomas S. ELIOT, "*Notes Towards the Definition of Culture*" (1948), trad. italiana de Giorgio MANGANELLI, "*Appunti per una definizione della cultura*", en ELIOT, *Opere 1939-1962*, Bompiani, Milán, 2003, págs. 552, 637.

problemas que dificultan la labor de quienes se encargan de la administración de justicia. Pero conocer la historia de la elaboración de tales normas, así como el contexto original de la institución jurídica que ellas regulan, es de indiscutible utilidad y valor en la formación académica.

El trasfondo histórico de la elaboración de las normas –a pesar de que, inexplicablemente, no se disponga de una exposición de motivos atendible para desentrañar su origen–, puede reconstruirse a partir de las fuentes legales que le sirvieron de inspiración.

Contra lo que se podría apreciar, a primera vista, la búsqueda que se propone resulta sencilla, por cuanto el *modus operandi* privilegiado por nuestros codificadores ha sido, desde el inicio de nuestra vida republicana, la importación normativa.

Los ordenamientos jurídicos se transforman, principalmente, mediante importación de normas, y en ocasiones, de íntegros textos legales. Los comparatistas no tienen dudas sobre este fenómeno, y hablan de "imitación" o de "trasplantes jurídicos" [46], para significar, ni más ni menos, la circulación de soluciones, esquemas y modelos de un lugar a otro, sea por imposición, sea por prestigio. Al mismo tiempo, se concluye convincentemente que la eficiencia social y económica de tales mutaciones jurídicas está condicionada a la existencia de cimientos idóneos, en el país importador, para la fructificación de los elementos insertados. Un idéntico conjunto de reglas puede funcionar perfectamente en un país, mas no en otro.

También se importan doctrinas, que no siempre son atendibles, tal cual se señalaba en las páginas precedentes, respecto de la unificación de la responsabilidad civil. Y no son pocas las veces en que se importan, inaceptablemente, problemas jurídicos y polémicas absurdas, que no tienen asidero entre nosotros. El campo de la responsabilidad extracontractual no escapa a estas anomalías[47].

---

46 He destacado la utilidad de la comparación jurídica en mis trabajos "*La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera «Escuela» de civilistas peruanos*", cit., págs. 16 y sgtes., y la necesidad de contar con buenos técnicos de importación normativa en "*La reforma del Código Civil vista en serio*", en "Normas Legales", tomo 327, vol. II, Trujillo, agosto del 2003, págs. 18 y sgtes.

Los "modelos", la "imitación", la "circulación", son parte de la singular terminología de uno de los mayores comparatistas del mundo, el catedrático de la Universidad de Turín, Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª. ed., Utet, Turín, 1992, *passim*. De los "trasplantes jurídicos" habla el escocés Alan WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1974, *passim*.

José de la RIVA-AGÜERO Y OSMA, "*Discurso-memoria en el Colegio de Abogados*" (1937), ahora en ID., *Obras completas*, vol. X, *Ensayos jurídicos y filosóficos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1979, pág. 328, hacía ver, sin embargo, que el Código Civil peruano de 1852 "fue el primer intento feliz de armonizar las herederas leyes romanas y españolas con las innovaciones del Código Napoleón y las peculiaridades sociales de la naciente República. No logró el nuestro la robustez magistral de su casi coetáneo código chileno, ni su lapidario estilo [...], ni la gloriosa consagración de llegar como él a modelo adoptado por otros países hispanoamericanos. Pero resultó sin duda alguno decoroso, adecuado, práctico, exento de novelerías y del servilismo imitativo, entonces tan común ante el monumento legislativo napoleónico; y antes bien, original a trechos, y sabiamente conservador y autónomo".

47 En la doctrina italiana, por ejemplo, no se habla de "unificación" de la responsabilidad civil, pero no son pocos los trabajos de investigación dedicados a determinar la unidad de la "culpa contractual" y la "culpa extracontractual".

La base de la discusión es que la responsabilidad por incumplimiento, según la opinión mayoritaria, se rige por una presunción de culpa, mientras que la responsabilidad derivada de hecho ilícito exige la prueba del dolo o de la culpa del autor del daño.

Si bien la importación normativa ha imperado entre los legisladores peruanos, desde nuestro primer proceso de codificación, con resultados las más de las veces desfavorables, ello no quiere decir que el camino quede cerrado a la originalidad y a la creatividad.

Aquí el estudio de la experiencia extranjera y la comparación jurídica juega un doble papel: si se decide importar, es posible determinar lo aconsejable de un modelo, atendiendo a su eficacia en el ordenamiento del que es originario, y también determinar cuál es el mejor modelo; si, por el contrario, se decide crear, puede acumularse información valiosa sobre los defectos de los sistemas foráneos, para evitar incurrir en ellos.

Pero la historia reviste también una importancia pedagógica, dado que permite rastrear los orígenes de un sistema catalogado como erróneo, y en el mejor de los casos, la identificación de las razones que determinaron los errores y defectos de la regulación. Los resultados del análisis histórico sirven de advertencia para evitar que los defectos generados en el pasado no se repitan.

Del excelso profesor de la Universidad de Florencia, Paolo Grossi, se aprende que los historiadores del derecho cumplen la noble tarea de actuar como "conciencia crítica" de los juristas.

## 10. DE LA VENGANZA PRIVADA A LAS FORMAS RESARCITORIAS DE COMPOSICIÓN: LAS *DOCE TABLAS* ROMANAS.

La historia demuestra que en todas las sociedades se han presentado formas de represión de las conductas consideradas contrarias a la convivencia, y peligrosas, a fin de cuentas, para la propia conservación de sus integrantes.

Se ha establecido, en relación con la materia de nuestro interés, que la venganza fue el primer mecanismo de composición del conflicto social generado por la comisión de un daño. La venganza se concreta en el hacer padecer al dañador en la misma medida que ha padecido el damnificado. Se ha especulado certeramente, empero, que semejante solución precedía, más bien, la existencia misma del derecho, es decir, que solamente era concebible bajo el llamado "estado natural".

Famosamente, diversas reglas del *Código de Hammurabi* admitían la justicia por mano propia, conocida como "talión" ("ojo por ojo, diente por diente"); otro tanto ocurrió en las leyes de Moisés, según consta en la *Biblia*, y en las *Doce Tablas* romanas[48].

---

Tal discurso, resulta a todas luces inaplicable entre nosotros, donde la culpa (aunque sea la culpa leve) se presume en el incumplimiento, y también en el régimen de la responsabilidad extracontractual, donde el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde al autor del daño.

48 Sobre la evolución de las formas de sanción ante el ilícito, que es, si se aprecia bien, la historia del derecho mismo, es ilustrativa la monumental obra de John Henry WIGMORE, *A Panorama of World's Legal Systems*, vol. I, West Publishing Company, Saint Paul (Minnesota), 1928, *passim*, con amplias referencias sobre Babilonia, China, Grecia y Roma.

Un interesante paralelo entre el *Código de Hammurabi* y las *Doce Tablas* se debe a Pietro BONFANTE, "*Le leggi di Hammurabi re di Babilonia*" (1903), en ID., *Scritti giuridici vari*, IV, *Studi generali*, Attilio Sampaolesi Ed., Roma, 1925, págs. 151 y sgtes. El trabajo de BONFANTE incluye su versión del *Código*, a partir de las traducciones francesa, inglesa y alemana. Rescato el parágrafo 8: "Si alguien roba un buey o una oveja o un asno o un cerdo o una barca, si la cosa pertenece a Dios o a la corte, la restituirá por treinta veces; si pertenece a un liberto, la restituirá por diez veces; si el ladrón no tiene nada que dar, deberá ser ejecutado".

Hay que saber, sin embargo, que en todos los documentos históricos citados ya se contemplan formas de tipo pecuniario.

En las *Doce Tablas* (siglo V a.C.), por ejemplo, ya es clara la diversidad de sanciones, según el supuesto que se presentaba. Se establece, por ejemplo, que el talión es la sanción aplicable en caso de *membrum ruptum*, es decir, de lesiones que alteran gravemente la funcionalidad de alguna parte del cuerpo de la víctima. Sin embargo, se permite que el agresor quede librado del castigo si el damnificado conviene en ser resarcido con el pago de una suma de dinero[49]. Y fura de dicha hipótesis, se prevén sanciones pecuniarias para otros eventos dañosos, como la tala abusiva de árboles ajenos, y los casos de *os fractum*, o fractura de huesos.

La primera etapa histórica cede su lugar a la creación de instrumentos predominantemente resarcitorios. Todo parece indicar que la evolución se produce, en gran medida, por lo sencillo que resultaba advertir cuán absurda era la venganza, la cual, a fin de cuentas, no repara absolutamente nada, por limitarse a satisfacer el sentimiento personal de revancha del agraviado a costa de la generación de un nuevo daño.

Mas no debe creerse que los remedios de carácter pecuniario hayan estado libres de críticas en tiempos pretéritos. Ha llegado hasta nuestros días un testimonio sobre un rico

---

La investigación histórica más detallada e ilustrativa sobre el paso de la *lex Aquilia* al *Code Napoléon*, en materia de responsabilidad extracontractual, se debe al romanista Giovanni ROTONDI, "*Dalla «lex Aquilia» all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*", en "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", vol. XIV, parte I, 1916, págs. 942 y sgtes.; y vol. XV, parte I, 1917, págs. 236 y sgtes.

Para las demás referencias de derecho romano he consultado: PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionen*, trad. italiana de A. TURCHIARULO, *Corso delle Istituzioni*, vol. II, Tipografia all'Insegna del Diogene, Nápoles, 1854, págs. 241 y sgtes.; FERRINI, Contardo, voz "*Delitti e quasi delitti*", en "Il Digesto italiano", vol. IX, parte I, Utet, Turín, 1887-1888, págs. 727 y sgtes.; ID., voz "*Danni (azione di)*", en "Enciclopedia giuridica italiana", vol. IV, partes I, II y III, Società Editrice Libraria, Milán, 1911, págs. 12 y sgtes.; ID., voz "*Illecito (in genere)*", en *Nuovo Digesto italiano*, vol. VI, Utet, Turín, 1938, págs. 657 y sgtes.; BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Cedam, Padua, 1935, págs. 406 y sgtes.; BRANCA, Giuseppe, "*Profili storici della responsabilità extra contrattuale*", en "Temi romana", año XVI, 1967, págs. 153 y sgtes.; ALBANESE, Bernardo, *Manuale di diritto privato romano*, 4ª. ed. (1993), reimpresión, Utet, Turín, 1998, págs. 514 y sgtes.; MARRONE, Matteo, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª. ed. (1994), reimpresión, Palumbo, Palermo, 1997, págs. 520 y sgtes.; HUMBERT, Michel, "*Les XII Tables, une codification?*", en "Droits", vol. 27, 1998, págs. 87 y sgtes.; VINCENTI, Umberto, "*«Delicta» e responsabilità civile*", en *Diritto privato romano*, al cuidado de Aldo SCHIAVONE, Einaudi, Turín, 2003, pág. 437.

Hay una reflexión de BRANCA, *op. cit.*, pág. 165, a tener en cuenta: "La institución de la responsabilidad civil revela, a través de los siglos, un elemento estructural constante, más allá de la mutación de sus contenidos: la resistencia al ingreso de un principio general de responsabilidad por los daños ocasionados de cualquier manera. Es por ello que aquellos jóvenes estudiosos, plenos de cultura, pero faltos de experiencia práctica, que defienden la existencia, en nuestro ordenamiento, del derecho al resarcimiento de todos los daños, ocasionados de cualquier forma (salvo ley en contrario), aquellos jóvenes, más que contrastar con los datos jurisprudenciales, están absolutamente en contra de la historia de la institución. Aquí no pretendo extraer del derecho romano enseñanzas para el derecho moderno; no quiero interpretar el derecho moderno a la luz del derecho romano [...]; pero es un hecho que en veinticinco siglos, y esto debe hacer pensar al legislador y al operador práctico y teórico del derecho, ha existido una constante resistencia del ordenamiento a admitir un principio general de responsabilidad de los daños producidos de cualquier manera".

49 "Mas la pena de las injurias, según la ley de las Doce Tablas, era la del talión por un miembro efectivamente roto; pero por un hueso fracturado, se habían establecido penas en metálico, proporcionadas a la gran pobreza de los antiguos" (*Instituciones de Justiniano*, libro IV, título IV, § 7).

ciudadano romano que caminaba con una bolsa repleta de monedas, y que se divertía abofeteando transeúntes, a los cuales resarcía de inmediato.

## 11. LAS BASES HISTÓRICAS DEL MODELO PERUANO.

Pese a los claros acercamientos hacia la idiosincrasia y contracultura estadounidense de los últimos años, el ordenamiento jurídico peruano sigue perteneciendo a la tradición del "derecho civil", que comparte con la del derecho común anglosajón, o "*common law*", el haber sido forjada a partir de raíces romanistas[50].

El modelo peruano de responsabilidad extracontractual es el producto de sucesivas importaciones normativas, que han venido produciéndose desde la época de nuestro primer Código Civil, de 1852.

Así, por un acto legislativo, nuestro país hace suyo un modelo de raíces romanistas, pero que con el correr de los siglos sufre grandes transformaciones. Con la importación se inserta en el modo de pensar de abogados, jueces, profesores y estudiantes de Derecho de la naciente república peruana, un esquema en cuya formación tuvieron influencia la compilación de Justiniano: el *Corpus iuris civilis*, las interpretaciones de los glosadores y comentaristas, la obra de los iusnaturalistas, y finalmente, el texto del Código Civil francés de 1804, el *Code Napoléon*, que es la fuente directa de nuestro codificador[51].

En el artículo 1382 del *Code Napoléon* se establece que "todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por culpa del cual ha sucedido a repararlo"; y en el artículo 1383,

---

50 No es correcto, por lo tanto, oponer el "derecho civil" al "*common law*", teniendo en cuenta su más remota raíz histórica, que es idéntica. Estas tradiciones se separaron, ciertamente, con el correr del tiempo: hay quien dice que el "*common law*" fue forjado por los abogados y los jueces, mientras que el "derecho civil" quedó en manos de la doctrina. Con todo, se ha especulado, verosímilmente, que el "*common law*" es mucho más cercano al derecho romano, inclusive.

51 La historia de la importación normativa del modelo francés ha sido escrita, entre nosotros, por Carlos RAMOS NÚÑEZ, *El código napoléonico y su recepción en América Latina*", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, y ahora en ID., *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, vol. II, *La codificación del siglo XIX: los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, págs. 171 y sgtes. Sobre el mismo punto: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, "*El Código Civil de 1852 (Aproximación histórico-legislativa y comparativa)*", en ID., *Estudios de derecho privado*, I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, págs. 653 y sgtes.; y mi trabajo "*La reforma del Código Civil vista en serio*", cit., págs. 10 y sgtes.

En lo relativo a la responsabilidad civil, es provechosa la consulta del estudio histórico-comparatista de Renzo HONORES GONZÁLEZ, "*La noción de responsabilidad civil en la Argentina y el Perú: un ensayo comparatista*", en "Revista del Magíster en Derecho Civil", vols. 2-3 (1998-1999), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, págs. 317 y sgtes., especialmente, pág. 321: "la codificación napoleónica fue un acicate para el movimiento codificador en Europa occidental y en América Latina. Pero su influencia no sólo estuvo circunscrita a la codificación como agenda política, sino que las ideas jurídicas que allí aparecieron se convirtieron también en ideas dominantes en el pensamiento legal de la época. Es cierto que los legisladores latinoamericanos tuvieron mayor independencia –de la que habitualmente se ha creído– al momento de redactar sus códigos y constituciones. Pero también es bastante cierto el hecho que el derecho civil francés y el constitucionalismo norteamericano modelaron las ideas centrales y básicas del proceso legislativo en América Latina y reemplazaron progresivamente la influencia del derecho español cuya impronta fue rechazada por los juristas nacionalistas latinoamericanos. Si bien es cierto que las Siete Partidas fueron utilizadas aún por los jueces y abogados en el siglo XIX; sin embargo, fueron rápidamente desacreditadas por los juristas, quienes las responsabilizaban de la confusión y obscuridades del derecho colonial".

que "cada cual es responsable del daño que ha causado, no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia".

La primera de las normas anteriores se reproduce, tal cual, en el Código Civil peruano de 1936. Precedentemente, en el Código Civil de 1852 se imita incluso la sistematización de las normas en materia, al ubicarlas, a la francesa, bajo el título "*Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos*". Los delitos son definidos como "los hechos practicados intencionalmente contra la ley" (artículo 2189); los cuasidelitos son "hechos ilícitos cometidos sólo por culpa y sin dolo" (artículo 2190). En el primer párrafo del artículo 2191, finalmente, se establece que "cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo".

Algo que es peculiar de los procesos de importación jurídica es la elección. Las renovadoras ideas de la codificación napoleónica son lo suficientemente atractivas como para terminar de desacreditar la herencia española en el campo del derecho civil. Es el punto fina de un sentimiento de insatisfacción muy antiguo, porque aunque se sabe que durante el siglo XIX los abogados y magistrados seguían guiándose por las *Siete Partidas* del rey Alfonso El Sabio, jamás dejan de cundir voces que achacan a las fuentes castellanas la confusión reinante durante la vigencia del derecho colonial. El nacionalismo latinoamericano determinó que se abran las puertas, además, a una nueva doctrina, a un nuevo vocabulario.

En este plano es posible hallar las razones de la debilidad de nuestra regulación en materia de responsabilidad extracontractual, que es como decir, la debilidad de la responsabilidad civil en tanto "institución jurídica".

Es obvio que en los lugares donde las instituciones jurídicas están más arraigadas, en Europa, que ha sido el escenario de toda su evolución, las resistencias a los cambios, y a la siempre creciente *Americanization* del derecho privado, son mayores. En todo caso, los ordenamientos jurídicos europeos cuentan con mejores probabilidades para lograr, por lo menos, un intercambio cultural; entre nosotros, la riesgosa e inveterada tendencia es, más bien, hacia la pura absorción y asimilación de modos de pensar.

En las líneas que siguen, intentaré hacer evidentes los trascendentales estadios de una línea evolutiva, los cuales se perdieron de vista con la importación de un modelo jurídico prácticamente finiquitado.

## 12. DE LA *LEX AQUILIA* A LA COMPOSICIÓN JUSTINIANEA.

Conviene, entonces, concentrar la atención en el derecho romano, que es de donde proviene, como ya se anotó, la denominación "responsabilidad aquiliana", la cual no debe llevar a creer que la asimilación con aquel antiguo referente sea plena.

Los romanistas, siguiendo una tripartición formulada por Gayo, explican que el daño aquiliano o *damnum iniuriam datum* es una de las cuatro especies de *delicta*, de los cuales pueden nacer *obligationes*, es decir, vínculos jurídicos en virtud de los cuales alguien resulta obligado frente a otro el pago de penas pecuniarias.

*a*) La primera especie es el *furtum*, que ya figura en las *Doce Tablas*. Originalmente, se le entiende como la sustracción ilícita de una cosa mueble ajena. En un segundo momento, abarca todo comportamiento voluntario, esto es, doloso, que provoca a otro una pérdida o desventaja en relación con una cosa, mueble o inmueble.

Cometía *furtum*, por ejemplo, quien instigaba a un siervo ajeno a la fuga. En un tercer momento, deja de ser necesaria la sustracción de la cosa: basta el mero contacto con ella, como en el caso del uso de una cosa sin autorización de su dueño. El mecanismo de protección previsto era la *actio furti*.

*b*) La segunda especie es la *rapina*, que abarca la sustracción de una cosa, o el daño a cosas, con violencia. Por un edicto del pretor Lucullo, del 76 a.C., se instituye en favor de las víctimas de saqueos competidos, principalmente, por bandas de esclavos, una acción por el cuádruplo del valor de los daños causados y de las cosas despojadas: la *actio vi bonorum raptorum*.

*c*) La tercera especie es la *iniuria*. Se califican como *iniurae* todos los actos dolosos e injustos de violencia física contra las personas (siempre y cuanto estas no estuvieran sometidas a la potestad del agresor). Hacia el siglo II a.C., se instituye la *actio iniuriarum* (también llamada *actio iniuriarum aestimatoria*), para habilitar a la víctima la obtención de una reparación pecuniaria, la cual evoluciona y llega a ser considerada procedente incluso en el caso de las ofensas de carácter moral.

*d*) La cuarta especie, que es la que nos interesa, es el *damnum iniuriam datum*, o sea, el daño ocasionado a las cosas ajenas, regulado por la *lex Aquilia* (siglo III d.C.)[52], que toma su nombre de un plebiscito promovido por un tribuno de la plebe llamado Aquilio, que en su momento, y según se sabe, marcó la superación de las leyes

---

52 Sobre la *lex Aquilia*, empleo las referencias de Bernhard WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (7ª. ed., 1891), trad. italiana de Carlo FADDA y Paolo Emilio BENSA, *Diritto delle Pandette*, vol. II, parte II, Utet, Turín, 1904, págs. 355 y sgtes.; Gian Paolo MASSETTO, voz "*Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milán, 1988, págs. 1118 y sgtes.; Carlo Augusto CANNATA, "*Sul testo della «lex Aquilia» e la sua portata originaria*", en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., págs. 25 y sgtes.; y Alessandro CORBINO, *Il danno qualificato e la "lex Aquilia"*, Libreria Editrice Torre, Catania, 2003, págs. 6 y sgtes.

CANNATA, *op. cit.*, págs. 54-56, señala que "la más notable innovación de la *lex Aquilia* consiste en haber abandonado, para los daños a las cosas materiales, el criterio del dolo, al sustituirlo por el de la *iniuria*. Otra innovación relevante fue la del modo de concebir la pena [...] [L]a preocupación de asimilar el monto de la pena a un valor de resarcimiento revela claramente que el legislador concebía la acción aquiliana como acción caracterizada por una función estrictamente patrimonial. El carácter penal de la acción [...] asume así un color del todo especial: aquí se recurre a la pena, no tanto con el fin de sancionar al reo, sino con el fin de satisfacer al damnificado [...] [E]l autor del ilícito no está sujeto a una pena pecuniaria, sino que está gravado por la obligación de pagar una suma de dinero. Su pena, por lo tanto, no consiste en la suma de dinero, sino en la obligación de pagarla. El legislador aquiliano inventa, entonces, la obligación por delito, con la idea del surgimiento de un crédito equivalente al valor de la cosa destruida, en favor del propietario de ésta".

Es BRANCA, *op. cit.*, pág. 155, quien refiere que "hacia fines de la República, entraron prepotentemente a Roma concepciones orientales o griegas, que se centran en el individualismo, contrapuesto a la concepción típicamente estatalista de los romanos [...]; y el individualismo, la concepción individualista quiere que cada cual deba ser responsable de sus propias acciones. Luego arriba el cristianismo, y el cristianismo se funda en el libre albedrío, en cuya virtud una persona es libre de comportarse en un modo, en lugar de otro, y si actuando así ocasiona un daño, es justo que responda (tal es el principio de la sanción). Todas estas concepciones, que entran en la Roma de los últimos tiempos de la República, y luego en la Roma imperial, influyen en las decisiones de los pretores y en la doctrina de los juristas. Por ello, no basta con exonerar de la responsabilidad por daños a los que no eran capaces de entender y de querer, o a los que actuaban por necesidad [...]; ahora, más allá de tales casos típicos, se analiza el comportamiento de la persona, para poder reconocer o no la existencia de la responsabilidad".

anteriores relativas a esta especie de daños –incluidas las de las *Doce Tablas*– con la consagración de la *actio legis Aquiliae*.

La *lex Aquilia*, que concede protección jurídica a los pequeños propietarios de una sociedad donde la agricultura es la actividad económica más importante, se divide en tres capítulos. En el primero de ellos, se dispone que el que hubiere matado *iniuria* al esclavo o a la esclava de otro, a un cuadrúpedo o a una res, tiene que ser condenado a pagar al dueño el precio mayor que lo perdido tuvo en el año de la muerte. Podía pretenderse el doble de dicha suma, contra el que se negaba a pagar. En el segundo, que pierde aplicación al poco tiempo, se contempla el daño al acreedor principal (*stipulator*) cometido por el acreedor secundario (*adstipulator*) que declara formalmente y fraudulentamente haber recibido el pago del crédito (*acceptilatio*). En el tercero, se trata del detrimento, que, sin llegar a destruir físicamente las cosas ajenas –incluidos los esclavos y el ganado–, hacen que el valor de estos disminuya. En esta última hipótesis, se impone el pago del mayor valor que la cosa deteriorada habría tenido en los treinta días anteriores a la producción del daño.

Lo que es de resaltar es que las sanciones pecuniarias descritas se aplican al que realiza el acto dañoso contrariando el derecho (*contra ius*), sin ninguna justificación jurídica, es decir, actuando *iniuria*. Tal es la novedad introducida por la *lex Aquilia*, respecto del régimen anterior, que exige, en cambio, para hacer procedente la pena, la conducta dolosa.

El daño referido en la *lex Aquilia* no sólo debe ser producido *contra ius*, sino también *corpore corpori*, es decir, por un contacto físico entre el agente y el objeto que padece el deterioro.

La interpretación más autorizada y rigurosa de las fuentes romanas hace ver, además, que en virtud de la *lex Aquilia*, el autor del ilícito no queda meramente sometido a una sanción pecuniaria: lo que sucede es que nace para él la obligación de pagar una suma de dinero, de satisfacer un crédito equivalente al valor de la cosa destruida. Es así como nace la idea de la obligación nacida de delito.

Pero es con la obra de Justiniano (siglo VI d.C.) que se completa el recorrido iniciado con la *lex Aquilia*, y no sin importantes modificaciones.

En las *Instituciones* justinianeas, texto elaborado para la enseñanza del derecho romano en el Imperio, se prevé una acción general contra todo daño causado a las cosas ajenas pero con el requisito de la culpabilidad. En primer lugar, se reconoce que "la acción por el daño injustamente causado se halla establecida en la ley Aquilia; en cuyo primer capítulo se dispuso que si alguno hubiere matado injustamente al esclavo de otro o a un cuadrúpedo ajeno que se cuente entre el ganado, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto más hubiere valido la cosa en aquel año" (I.4.3.pr.). A continuación, se señala: "pero se entiende que mata injustamente el que mata sin ningún derecho. Y así, el que mata a un ladrón no está obligado por la acción si ciertamente no puede evadir de otro modo el peligro" (I.4.3.2). Pero finalmente se precisa: "Y en realidad, tampoco queda obligado por esta ley el que mata casualmente, con tal de que no se halle culpa ninguna; porque de otro modo, no menos que por el dolo, está obligado cada cual por la culpa en virtud de esta ley" (I.4.3.3).

En la época de Justiniano, así mismo, por efecto de las concepciones filosóficas y religiosas provenientes de Grecia, del Oriente, o asimiladas por efecto de la difusión del cristianismo, se elabora el concepto de "culpa" –empleado de modo irregular por los romanos desde épocas pretéritas, como el mero nexo físico entre una acción y su autor–, que ahora se presenta enlazado, nítidamente, con ideas como las de pericia y diligencia.

Fue en estos últimos términos que la *actio legis Aquiliae* prosigue su recorrido hacia el mundo moderno del derecho civil.

## 13. DEL IUSNATURALISMO A LA CODIFICACIÓN NAPOLEÓNICA.

El estadio posterior es el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, al que se deben, igualmente, la idea de la codificación[53], y la elaboración de los conceptos generales para tal efecto, que han sido determinantes para hacer de todo lo que constituye la materia jurídica un verdadero "sistema".

Con anterioridad, en la etapa que se conoce como del "derecho común" o del *Usus modernus Pandectarum*, los glosadores y comentaristas de la obra de Justiniano gestan nuevas interpretaciones, con las cuales pretenden volver explícitas las prescripciones heredadas de las fuentes romanas. La función penal de la *actio legis Aquiliae* va quedando al margen, de modo progresivo, y se generaliza, al mismo tiempo, su objetivo resarcitorio. Por otro lado, la *culpa* y el *damnum* van asumiendo los papeles de presupuesto subjetivo imprescindible y de elemento fundamental, respectivamente, de la responsabilidad aquiliana. Los resultados parciales son la afirmación de que no se responde de los daños ocasionados si no se incurre en culpa, y la diferenciación tipológica entre el daño contractual y el daño extracontractual.

Con los iusnaturalistas, la responsabilidad adquiere el carácter de principio fundamental para el mantenimiento de la convivencia pacífica (*socialitas*), que los seres humanos deben preservar y abstenerse de perturbar[54]. El holandés Hugo Grocio (1583-1645) ubica en un mismo plano de importancia el respeto de las cosas ajenas, la restauración de los quebrantos y de lo lucrado a costa de estos, así como la *damni culpa dati reparatio*, o sea, la reparación de los daños producidos culposamente. A su vez, el alemán Samuel Pufendorf (1632-1694) destaca, como ningún otro autor, el valor de precepto absoluto que revisten tanto el deber de los seres humanos de no dañarse entre sí –el deber de "no causar daño a nadie", *neminem laedere*, que deviene un lugar común del discurso en torno de la responsabilidad civil– cuanto el deber de resarcimiento, en cuya ausencia nadie se abstendría de dañar a su semejante, y resultaría imposible para el damnificado volver a convivir en paz con el dañador.

En las fuentes justinianeas se lee una máxima de Ulpiano según la cual los preceptos del derecho son vivir honestamente, no causar daño a otro, y dar a cada cual lo que es suyo: "*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*". Los iusnaturalistas ven la prohibición del *laedere alterum* como una exigencia de la igualdad jurídica humana. Se trazan los contornos de una justicia "conmutativa", que vela por la conservación de los bienes materiales, económicamente cuantificables, de todos los seres humanos.

---

53 De hecho, el iusnaturalismo sirvió de inspiración para un código civil por entero: el *allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austriaco de 1811.

54 Sobre GROCIO, PUFENDORF y la influencia del iusnaturalismo en la concepción moderna de la responsabilidad civil, he revisado: ROTONDI, "*Dalla «lex Aquilia» all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*", cit., págs. 256 y sgtes.; MASSETTO, voz "*Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*", cit., págs. 1159 y sgtes.; CERAMI, Pietro, "*La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*", en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., págs. 103 y sgtes.; KUPISCH, Berthold, "*La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale*", en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storica-comparatistica*, cit., págs. 123 y sgtes.

Los romanos no conocieron una figura general del "delito" civil: los iusnaturalistas, sí. Grocio es el primer autor que se empeña en elaborar un derecho general de los hechos ilícitos civiles, el cual finiquita en sus aspectos esenciales. Queda establecido, entonces, que la figura del derecho civil se presenta cuando concurren tres requisitos: la *iniuria*, la culpa y el daño. Por un lado, no es lícito que alguien dañe a otro. Por otro, la culpa, en tanto anormal e irracional es vista como lo único que puede justificar que se imponga a un individuo el reparar lo hecho a otro. El daño, en fin, abarca todo tipo de lesión a derecho e intereses ajenos, incluso los que no tienen carácter material (daño moral).

Entre la obra de los iusnaturalistas y el texto del *Code Napoléon*, se inscribe la obra de un gran lector y seguidor de Grocio, Jean Domat (1625-1696)[55].

Los civilistas franceses atribuyen unánimemente a Domat la fusión de los presupuestos romanistas y los postulados del derecho natural. Con él se forja la idea de que todo daño que se ocasiona actuando culposamente hace que la víctima sea merecedora de una reparación. Él es quien afirma que todos los daños que pueden producirse por el hecho de alguien, por imprudencia, ligereza o ignorancia de lo que se debe saber o por faltas similares, por más mínimas que éstas sean (culpa levísima), deben ser reparados por la persona que los ha causado.

Es por ello que la concepción de la responsabilidad recogida, literalmente, por los redactores del *Code Napoléon*, es calificada como "subjetiva", porque supone un análisis del comportamiento del individuo, y eleva la culpa a condición de fundamento, de criterio general de imputación de la responsabilidad.

Domat también aporta elementos para otra distinción consagrada en el *Code Napoléon*: los delitos y los cuasidelitos (*délits* y *quasi-délits*). Estos son hechos que tienen en común su oposición a los "principios de las leyes humanas y divinas", es decir, no sólo a las normas

---

55 Sobre la obra de DOMAT y POTHIER, y su influencia en la codificación napoleónica y europea del siglo XIX: ROTONDI, *op. cit.*, págs. 272 y sgtes.; MASSETTO, *op. cit.*, págs. 1165 y sgtes.; ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3ª. ed., 1996), trad. inglesa de Tony WEIR, *Introduction to Comparative Law*, 3ª. ed. revisada, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 615 y sgtes.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., págs. 3 y sgtes.; LE TOURNEAU, voz "*Responsabilité (en général)*", cit., pág. 7; CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, cit., págs. 119 y sgtes.

Enorme es el valor de las palabras finales de MASSETTO, *op. cit.*, pág. 1185: "trazados los elementos de fondo que caracterizan la plurisecular evolución de la institución de la responsabilidad extracontractual, ha llegado el momento de ceder el campo al cultor del derecho positivo, el cual podrá extraer del desenvolvimiento de dicha evolución útiles elementos para considerar y valorar con fundamento el sistema vigente, tal cual lo demuestra, por lo demás, el hecho de que los escritos dedicados, hoy en día, a los múltiples y multiformes aspectos que el tema presenta no dejan jamás de conceder un espacio, más o menos amplio, a la consideración del pasado, más o menos remoto. También en ello radica la importancia, negada demasiado a menudo, o en todo caso, subestimada, del estudio histórico del derecho".

Sobre el *neminem laedere* y los *praecepta iuris* enunciados por ULPIANO, y sobre la reelaboración por los iusnaturalistas, he tenido a la vista: CESARINI-SFORZA, Widar, voz "*Alterum non laedere* b) *Il problema filosofico*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Giuffrè, Milán, 1958, págs. 96 y sgtes. En el mismo volumen, págs. 98 y sgtes., la voz "*Alterum non laedere* c) *Il diritto positivo e le dottrine moderne*", escrita por Salvatore PUGLIATTI.

La obra de Carl CROME, *Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft* (1892), trad. italiana de Alfredo ASCOLI y Federico CAMMEO, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, Società Editrice Libraria, Milán, 1906, págs. 334 y sgtes., tiene la peculiaridad de exponer las instituciones jurídicas del derecho civil francés con el método sistemático alemán. En consecuencia, expone acerca de los actos ilícitos sobre la base de los artículos del Código napoleónico.

escritas, sino también a la equidad, a la honestidad y a las buenas maneras. Pero los delitos son fuente de responsabilidad frente al Estado y frente al perjudicado; en cambio, los cuasidelitos no llegan a constituir infracciones penales, aun cuando, por ser culposos, hagan que proceda la reparación, como ocurre, por ejemplo, en los daños ocasionados por la caída de cosas o por cosas arrojadas, por la caída de un edificio, por animales, etc. Muchas de estas figuras, algunas de las cuales tienen antecedentes en el derecho romano, han llegado hasta nuestros días.

Con Robert Joseph Pothier (1699-1772) se arriba, finalmente, a la definición de los delitos como las conductas dañosas realizadas con dolo o malignidad, y de los cuasidelitos, como las conductas dañosas realizadas por imprudencia inexcusable. Estas definiciones, como ya se ha anotado, son recogidas por el codificador peruano en 1852.

En la actualidad, sin embargo, no se habla más, entre nosotros, de delitos, ni de cuasidelitos. Esta terminología francesa es reemplazada por la de "actos ilícitos", elaborada por los pandectistas alemanes del siglo XIX, que también llega hasta nosotros indirectamente, con ocasión de la redacción del Código Civil de 1936, a través de las fórmulas contenidas, al respecto, en el Código Civil brasileño de 1916.

## 14. LOS ACTOS ILÍCITOS EN EL MARCO DE LA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

Las situaciones jurídicas pueden tener origen o experimentar mutaciones, no sólo como consecuencia de la realización de negocios jurídicos, sino también de actos ilícitos[56].

Es fácilmente comprobable que los hechos de los seres humanos pueden ser o indiferentes o importantes para el derecho. En el primer caso, se habla de "irrelevancia jurídica", tal cual ocurre con acciones tan comunes como una invitación al cine o un saludo de

---

56 Sobre los actos ilícitos y sobre la clasificación de los actos jurídicos, es suficientemente ilustrativa la consulta de la doctrina civilista alemana vertida a nuestro idioma: TUHR, Andreas von, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, trad. al castellano de Tito RAVÀ, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, vol. II, t. 1, Depalma, Buenos Aires, 1947, págs. 135 y sgtes.; ENNECCERUS, Ludwig y Hans-Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, trad. al castellano de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, *Parte general*, vol. II, parte I, 3ª. ed. al cuidado de Antonio HERNÁNDEZ MORENO y María del Carmen GETE-ALONSO, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 8 y sgtes.; OERTMANN, Paul, *Recht des bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil*, trad. al castellano de Luis SANCHO SERAL, *Introducción al derecho civil*, Editorial "Labor", Barcelona y Buenos Aires, 1933, págs. 324 y sgtes.; HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches* (3ª. ed., 1949), trad. al castellano de Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, págs. 512 y sgtes.

En la doctrina italiana: PUGLIATTI, *I fatti giuridici* (1945), revisión y actualización de Angelo FALZEA, Giuffrè, Milán, 1996, págs. 12 y sgtes.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª. ed. (1950), 4ª. reimpresión, al cuidado de Giuliano CRIFÒ, ESI, Nápoles, 1994, págs. 15 y sgtes.

Giuseppe SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milán, 1944, págs. 28-29, reflexiona en estos términos: "un hecho voluntario es jurídicamente valorado como ilícito si es lo contrario de lo querido por una norma jurídica, es decir, si constituye [...] violación de un deber atribuido por una norma jurídica; y pertenece, como hecho ilícito, a la categoría de los hechos jurídicamente relevantes si de dicha violación derivan consecuencias jurídicas. Correlativamente, un hecho voluntario es jurídicamente valorado como lícito si no constituye violación de un deber jurídico, y es, de alguna manera, jurídicamente garantizado en su desenvolvimiento (garantizado, al menos en el sentido de que constituiría para algún sujeto violación de un deber jurídico el impedir su desenvolvimiento): en tanto hecho lícito, pertenece a la categoría de los hechos jurídicamente relevantes si de él derivan, además, consecuencias jurídicas, y es en vistas de estas últimas que dicha garantía es concedida".

buenos días. En el segundo caso, atendiendo a que los hechos pueden producir efectos jurídicos de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento, se aplica la denominación técnica de "actos jurídicos" (*Rechtshandlugen* o *juristische Handlungen*).

Ahora bien, dentro de los actos jurídicos se distinguen, en primer lugar, las "declaraciones de voluntad" (*Willenserklärungen*), que son exteriorizaciones del querer interno de los sujetos, encaminadas hacia la realización de una consecuencia jurídica: son los llamados "negocios jurídicos" (*Rechtsgeschäfte*), que tienen como denominador común la incidencia determinante de la voluntad en la generación de los efectos, y que en nuestro Código Civil están regulados en los artículos 140 y siguientes.

En segundo lugar, se encuentran los actos jurídicos lícitos que no son declaraciones de voluntad, y que, en virtud de la ley, dan lugar a consecuencias jurídicas, con independencia de la circunstancia de que esas últimas sean queridas o no: son los actos jurídicos en sentido estricto (*Rechtshandlungen im engeren Sinne*), también llamados actos semejantes a los negocios jurídicos (*rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen*) o actos no negociales.

El ejemplo clásico de este tipo de acciones es la ocupación (artículo 929 del Código Civil), en la cual el efecto jurídico de la adquisición de la propiedad por parte de quien aprehende una cosa que no pertenece a nadie, hallada en la playa, es un resultado que tiene lugar porque la fuerza de la ley lo impone directamente, sin mediación de una voluntad dirigida hacia ello.

La diferenciación entre los negocios jurídicos y los actos jurídicos en sentido estricto presenta como trascendental aspecto práctico la inaplicación a los segundos de las normas predispuestas para los primeros.

Entre los actos jurídicos se encuentran los actos contrarios al derecho o actos ilícitos (*unerlaubte Handlungen*), cuyo efecto jurídico es la generación de una situación desventajosa para su autor, o para otro sujeto determinado por la ley. Esta situación, como ya se sabe, puede ser la responsabilidad civil, la imposición del resarcimiento.

Los actos ilícitos[57] pueden consistir en conductas positivas u omisiones, pero siempre opuestos a un mandato del ordenamiento jurídico. Se subclasifican en dos grupos:

---

57 En el Código Civil brasileño de 1916, es de destacar la particular atención que los legisladores prestan a la clasificación general de los actos jurídicos. En la parte general hay un libro sobre los "hechos jurídicos", y dentro del mismo, títulos dedicados, respectivamente, a los "actos jurídicos" (no se utiliza la expresión "negocios jurídicos") y a los "actos ilícitos". En este último se señala (artículo 159) que "aquel que por una acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viola un derecho o causa perjuicio a otro, queda obligado a reparar el daño [...]"; y que (artículo 160) no constituyen actos ilícitos: (i) "los realizados en legítima defensa, o en ejercicio de regular de un derecho reconocido"; y (ii) "el deterioro o destrucción de cosa ajena para remover un peligro inminente". En la parte especial, en el libro del derecho de obligaciones, se inserta un título sobre las "obligaciones por actos ilícitos" (artículos 1518 y siguientes).

Este dato es importante porque el Código Civil brasileño de 1916 suministra los elementos que el codificador peruano importa en 1936. También entre nosotros, se dedica a los "actos ilícitos", un título de la sección en la cual se regulan los actos jurídicos en general. De igual forma, se importa la equívoca terminología que confunde el "acto jurídico" con el "negocio jurídico", la cual se mantiene hasta la fecha.

Hoy, con el nuevo Código Civil brasileño del 2002, en vigor desde enero del 2003, la técnica legislativa ha sido mejorada: se habla de "negocio jurídico" (artículos 104 y siguientes), de "actos jurídicos que no son negocios jurídicos" (artículo 185) y de "actos ilícitos" (artículos 186 y siguientes); todo, dentro del libro

*a*) Violaciones de deberes que tienen origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona afectada, las cuales se ven transformadas. Las relaciones obligatorias nacidas de contrato, por ejemplo, pueden ser el marco en el que surgen intereses por demora en la ejecución de la prestación, o el deber de reparar el daño si se verifica el incumplimiento.

*b*) Violaciones de deberes de carácter general, en las cuales no hay un contacto previo entre el autor y la persona afectada, en cuyo caso, el resarcimiento hace su aparición como nuevo derecho para la segunda.

---

sobre los "hechos jurídicos", que se mantiene. La parte especial también contiene un título dedicado a los actos ilícitos, que ha pasado a denominarse "de la responsabilidad civil" (artículos 927 y siguientes).

En el artículo 186 se señala: "Aquel que por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viola un derecho y causa un daño a otro, aun cuando fuera exclusivamente moral, comete acto ilícito". En el 187: "También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres". Y en el 927 (1er. párrafo): "Aquel que por acto ilícito causa un daño a otro está obligado a repararlo".

Sobre el abandono de la expresión "actos ilícitos" en el Código Civil peruano de 1984, DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 118, opina que en el citado texto normativo "parece haberse acogido la idea –central, dentro de una posición moderna– de que el acto ilícito no es la *única* fuente extracontractual de la obligación de pagar una indemnización para reparar a la víctima. [...] [E]ste paradójico abandono de la ilicitud como fuente única de la obligación indemnizatoria por un legislador eminentemente subjetivista se debió con toda probabilidad al hecho de que el nuevo legislador reconoció cuando menos el principio objetivo de responsabilidad para el caso de los daños causados mediante bienes o actividades riesgosos (art. 1970); por consiguiente, la Sección ya no trata sólo de actos ilícitos, sino también de actos lícitos, pero que, dada su peligrosidad, convierten objetivamente al causante en responsable, aunque no hubiera hecho nada ilícito ni culpable".

No es inconveniente saber, además, que en el Código Civil italiano se afrontó un problema terminológico similar. La consecuencia fue que el título correspondiente al de nuestra "responsabilidad extracontractual" se denomina "de los *hechos* ilícitos", y no "de los *actos* ilícitos". RESCIGNO, voz "*Atto giuridico* I) *Diritto privato*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pág. 2 (de la separata), justifica la decisión por la variedad de los "títulos" de imputación de la responsabilidad, como la asignación de encargos, en la responsabilidad por dependientes, como la propiedad, el cuidado o el uso de la cosa, en la responsabilidad por cosas, o como la organización de actividades, en la responsabilidad por actividades peligrosas. En opinión del mismo autor, todos estos supuestos son ajenos al dolo o culpa, que sólo pueden presentarse en los actos ilícitos.

En la muy interesante clasificación de CESARINI-SFORZA, "*Note per una teoria generale degli atti giuridici*", en ID., *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, I, *Filosofia e teoria generale*, Giuffrè, Milán, 1967, pág. 456, el "acto ilícito" no es un acto jurídico, sino "antijurídico, al consistir en una manifestación de voluntad o comportamiento que viola un deber jurídico, y por lo tanto, que lesiona el correspondiente derecho subjetivo, e impide la realización de este último. Por ello, no está comprendido en la categoría de los actos jurídicos, sino en la de los hechos jurídicamente relevantes". El planteamiento que yo sigo, sin embargo, es el más difundido, que considera, en palabras de Francesco SANTORO-PASSARELLI, voz "*Atto giuridico*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1959, págs. 204-205, que el acto ilícito "pertenece a la categoría de los actos jurídicos, porque si bien, a diferencia del acto lícito, es reprobado por el derecho (y es, en este sentido, antijurídico), el ordenamiento, de todas formas, al hacer depender [del acto ilícito] consecuencias jurídicas, se basa, como ocurre, en general, para los actos jurídicos, en la voluntariedad y conciencia del comportamiento".

ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 72, expresa su preferencia –que comparto– por la expresión "ilicitud", en lugar de antijuridicidad, que es la más común entre nosotros, aunque sea una defectuosa traducción de *Rechtswidrigkeit*, voz alemana que se entiende como "violación de una norma". Como quiera que sea, y como ya he señalado (*retro*, nota 4*bis*), la "ilicitud" no es requerida en nuestro Código Civil como presupuesto de la responsabilidad civil. Véase *infra*, Apéndices, V, *Nota sobre los trabajos reunidos en el presente volumen*, § 1.

Es común hablar, por otro lado, de "negocios ilícitos", cuando lo autorregulado por las partes, o las finalidades de éstas, se oponen a la ley, al orden público, a la moral o a las buenas costumbres. Es sencillo distinguirlos de los actos ilícitos, si se tiene en cuenta que la sanción que prevé el ordenamiento para los primeros no es el resarcimiento, sino, por excelencia, la nulidad.

## 15. LOS ACTOS LÍCITOS DAÑOSOS: CASUÍSTICA.

Es importante tener en cuenta la clasificación que se acaba de analizar para comprender el significado de los llamados "actos lícitos dañosos"[58].

La generación de un perjuicio reparable con el amparo de la ley no tiene como imprescindible antecedente un acto ilícito; es posible que los daños se deban a la realización de una conducta que es permitida por el derecho, dentro de ciertos límites, y que, por lo tanto, no debe ser considerada "ilícita".

Estas son hipótesis que deben ser analizadas con detenimiento, porque pueden ser fuente de equívocos, en tanto comparten con los actos ilícitos la característica de generar, para el damnificado, el derecho a obtener una compensación monetaria.

Los esponsales –la promesa recíproca de matrimonio, regulada en los artículos 239 y 240 del Código Civil–, por ejemplo, constituyen un acto jurídico en sentido estricto, porque no dan lugar a ningún efecto jurídico querido o determinado por la voluntad de sus celebrantes: es más, carecen de carácter vinculante, pues ninguno de los promitentes asume la obligación de casare.

---

58 La categoría de los actos lícitos dañosos ha sido individualizada por la doctrina italiana: SCADUTO, Gioacchino y Domenico RUBINO, voz "*Illecito (atto) (diritto moderno)*", en *Nuovo Digesto italiano*, vol. VI, Utet, Turín, 1938, pág. 705; MIRABELLI,, Giuseppe, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, Nápoles, 1955, págs. 111 y sgtes.; PUGLIATTI, voz "*Alterum non laedere*", cit., pág. 108, nota (60); SCOGNAMIGLIO, voz "*Atto giuridico*", en *Enciclopedia forense*, vol. I, Vallardi, Milán, 1958, págs. 596-597; TUCCI, Giuseppe, "*La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*", en "Rivista di diritto civile", año XIII, parte I, págs. 229 y sgtes.; DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, 2ª. ed., Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1971, págs. 45 y sgtes.; RESCIGNO, voz "*Atto giuridico* I) *Diritto privato*", cit., pág. 2; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., págs. 114 y sgtes. En nuestra bibliografía, véase LEÓN, "*Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa*", cit., pág. 138, ahora en el presente volumen, *infra*, parte cuarta, capítulo IV, § 3.

Ya CROME, *op. cit.*, pág. 336, escribía que el acto ilícito tiene que ser objetivamente contrario al derecho, y que no es tal el que se realiza cuando media coacción, o en estado de necesidad, o en el ejercicio de algún derecho en particular, siempre que no se sobrepase el límite establecido, en concreto, para cada uno de estos casos. Tampoco es ilícito el acto realizado con el consentimiento del damnificado (*volenti non fit iniuria*).

MIRABELLI, *op. cit.*, pág. 112, conceptualiza estos actos como hipótesis en las cuales "la ley autoriza al sujeto a realizar una acción, con lo cual imprime a dicha acción un inequívoco carácter de licitud, y donde, a pesar de todo, se advierte que dicha acción lesiona un interés ajeno, y se brinda protección a este interés, que podría calificarse de protección débil, y se enlaza el acto lícito con una consecuencia equivalente a la que, por regla, subsigue al acto ilícito, a saber, la obligación de resarcir el daño ocasionado".

Aunque no hace referencia a los hechos lícitos dañosos, TRIMARCHI, voz "*Illecito (diritto privato)*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Giuffrè, Milán, 1970, págs. 91-92, observa que el deber de resarcir los daños puede derivar, no sólo de la comisión de actos ilícitos, sino también de la creación de riesgos lícitos. Bajo el concepto de "responsabilidad por riesgo lícito", el catedrático de la Universidad de Milán comprende la responsabilidad por hecho de los dependientes, por animales, por cosas, etc.

En otras palabras, la inejecución de los esponsales está permitida.

Sin embargo, en caso de mediar una formalización de la promesa, y de romperse ésta por "culpa exclusiva" de uno de los promitentes, con consecuencias dañosas para el otro o para terceros, surge el deber de abonar una suma de dinero a título de reparación[59], sólo porque el legislador ha atendido a claras razones de equidad y de protección de la confianza que la formalización de la promesa genera en el afectado, lo cual no implica que se desconozca, al mismo tiempo, el derecho de cada uno de los celebrantes de apartarse de lo prometido.

En el terreno de las relaciones de vecindad (artículos 959 y siguientes del Código Civil), se permite, por ejemplo, que para la construcción o reparación de un edificio se pasen materiales, por un predio ajeno, o que se coloquen andamios en éste, cuando ello resulte indispensable. El dueño del predio tiene el deber de admitirlo, pero recibe una "indemnización por los daños y perjuicios que se le causen".

También la expropiación constituye un acto lícito, y sólo queda legitimada cuando media una compensación económica, por parte del Estado, para el titular del bien expropiado.

Distinto es el caso de los supuestos de la legítima defensa y del acto realizado en estado de necesidad, en los cuales también se producen daños, pero no nace una situación de responsabilidad para el autor de los mismos. La doctrina considera que se trata de causas de exclusión de la responsabilidad, y así lo reconoce también nuestro Código Civil (artículo 1971, números 2 y 3)[60].

En la presente oportunidad, me limitaré a exponer que la legítima defensa despoja de ilicitud al daño provocado, siempre que los medios empleados sean proporcionales a los del agresor. Debe tratarse, además, de una defensa contra una agresión injustificada. En cuanto a los daños ocasionados por actos "necesarios", estos son resarcibles siempre que exista proporción entre lo salvado y lo dañado. Ello significa que si los bienes salvados son de menor valor que los deteriorados, sí procederá imponer su restauración al autor del daño.

La doctrina añade a las citadas causas de exclusión de la responsabilidad, el supuesto del daño inferido con el consentimiento de la propia víctima, no sin dejar de enfatizar que la eximente no se aplica cuando el acto consentido, en cuanto tal, se encuentra prohibido jurídicamente. Nuestro legislador ha guardado silencio al respecto.

---

59 Artículo 239.- "La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma".

Artículo 240.- "Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios a otro o a terceros, aquel estará obligado a indemnizarlos. [...]".

En el Código Civil italiano, la compensación que se paga en el rompimiento de los esponsales está limitada a los gastos efectivamente realizados por el promitente afectado.

60 Artículo 1971.- "No hay responsabilidad en los siguientes casos:

[...].

2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro, y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro".

Respecto de los actos lícitos dañosos, sería conveniente hablar de "compensación" de daños, y no de "resarcimiento". Esta última expresión debe reservarse para los casos en que media responsabilidad por los daños injustamente causados, mientras que, como se ha visto, las hipótesis mencionadas no se insertan en dicho ámbito[61].

## 16. EL ARTÍCULO 1969 DEL CÓDIGO CIVIL COMO CLÁUSULA NORMATIVA GENERAL: LA OPCIÓN POR EL RÉGIMEN DE ATIPICIDAD DEL ILÍCITO CIVIL.

El artículo 1969 de nuestro Código Civil contiene una cláusula normativa general y una regla de presunción de culpabilidad mal hecha:

"Aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

Analicemos la primera parte.

La proposición "aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo", acaso presente en todos los códigos civiles del mundo, es una cláusula normativa general[62], o sea un enunciado cuyo contenido tiene que ser establecido por los intérpretes; en cuanto tal, no contiene una enumeración precisa de los supuestos de daño en los cuales surge la responsabilidad extracontractual, sino que posterga la determinación de estos hasta el momento de la apreciación hermenéutica.

De aquí que se hable, en Francia, Italia[63], y también entre nosotros, de un régimen legal de "atipicidad" del ilícito. En Alemania, en cambio, se opta por la "tipicidad" del ilícito, al

---

61 En el lenguaje jurídico italiano, respecto de la suma en dinero a pagarse en los actos lícitos dañosos, se emplea, coherentemente, el término "*indemnità*", y no "*risarcimento*". Nuestro legislador utiliza la polivalente voz "indemnización".

Sobre la necesidad de distinguir entre "resarcimiento" e "indemnización", véanse las amplias consideraciones que se formulan *infra*, parte cuarta, capítulo IV, § 3.

62 He señalado la inconveniencia de las cláusulas normativas generales en nuestro ordenamiento jurídico en "*La reforma del Código Civil vista en serio*", cit., págs. 22 y sgtes. De la bibliografía allí citada, remito, una vez más, al artículo de Hans-Bernd SCHÄFER, "*Legal Rules and Standards*", en "German Working Papers in Law and Economics", 2001, art. 20, http://www.bepress.com/gwp/default/vol2001/iss1/art20, Universidad de Berkeley.

63 Un exhaustivo y agudo análisis sobre el equivalente italiano de nuestro artículo 1969, como cláusula normativa general, se debe a RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., págs. 127 y sgtes. especialmente, pág. 139: "la existencia de una cláusula normativa general de responsabilidad significa, por un lado, que debe hablarse de un hecho dañoso injusto todas las veces que exista la lesión de una situación jurídica relevante, en segundo lugar, que este hecho dañoso puede ser imputado a un sujeto sobre la base de una multiplicidad de criterios, todos los cuales se pueden encontrar en el ordenamiento. La compleja secuencia que la que subsigue el resarcimiento, por lo tanto, se presenta como una hipótesis *abierta*, donde la apreciación de las modalidades del hecho dañoso permite al juez la posibilidad de recurrir a diversos criterios de responsabilidad, con el seguimiento de una indicación que *ya* está explícita en la previsión legislativa. El juez no es libre de construir a sus anchas la hipótesis, pues el legislador ha establecido ya cuál es el punto de vista desde el que debe efectuarse la reconstrucción". En el terreno de la comparación jurídica, han manifestado opiniones similares PONZANELLI, *La responsabilità civile*, cit., págs. 65 y sgtes.; ZWEIGERT y KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit., págs. 598 y sgtes.; entre otros.

HEDEMANN, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 511, informa que uno de los defectos que se destacan respecto del Código Civil alemán es la ausencia de un principio rector general en el derecho de los actos ilícitos, a la manera del Código napoleónico, y mas aún, del Código prusiano (ALR) de 1794, donde se disponía: "el que ofenda a otro mediante dolo o negligencia grave está obligado a proporcionarle completa reparación".

señalarse en el *Bürgerliches Gesetzbuch* cuáles son los bienes y derechos que, de ser objeto de daño, pueden dar lugar a resarcimiento[64]. Este segundo planteamiento también es característico de los países del *common law*.

Llama la atención, por lo que se acaba de anotar, que las cláusulas normativas generales, constituyan una técnica legislativa privilegiada, precisamente, por los codificadores alemanes –a quienes se debe, por lo demás, la expresión *Generalklausel*–, quienes han visto en ellas, desde antiguo, un medio para conceder a sus jueces la suficiente y necesaria libertad para sacar el máximo provecho de un enunciado que resulta, desde cierto punto de vista, elástico.

Por la decisiva tarea que toca desempeñar a los jueces en la deducción de soluciones a partir de las cláusulas normativas generales, una crítica que se suele formular contra esta técnica es que atenta contra la seguridad jurídica, porque la aplicación del derecho terminará librada a la arbitrariedad de la magistratura, no precisamente caracterizada por su neutralidad ideológica o política, ante las presiones del grupo en el poder. Así ocurrió en Alemania e Italia, durante el nacionalsocialismo y el fascismo, respectivamente.

Hoy se sabe que las cláusulas normativas generales son más eficientes en los países industrializados, que cuentan con una magistratura bien formada y remunerada, aunque nada de ello garantice del todo, como es lógico, su inmunidad ante las presiones.

En oposición, es aconsejable que los países en vía de desarrollo dispongan de textos normativos precisos y detallados, que sin perjudicar la actividad hermenéutica, allanen al juez el camino para encontrar la solución a las controversias sometidas a su decisión.

## 17. LA MALA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN PROBATORIO: "PERUANIDAD" DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DEL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

La segunda parte del texto del artículo 1969 en cuya virtud se traslada al autor del daño "el descargo por falta de dolo o culpa", constituye uno de los más graves desaciertos de los artífices de nuestro Código Civil.

De conformidad con el texto citado, quien pretenda promover un juicio por responsabilidad extracontractual sólo tiene que probar el daño y la relación de causalidad que liga al evento con las consecuencias perjudiciales.

---

Sobre la atipicidad del ilícito, TRIMARCHI, voz "*Illecito (diritto privato)*", cit., pág. 93, comenta: "Cierto es que cuando nuevas exigencias sociales y económicas requieren atacar nuevas formas de comportamiento antisocial, la adecuación del sistema de la responsabilidad civil debería resultar más fácil e inmediata en los ordenamientos jurídicos que prevén una prohibición general de causar daño injustamente, y el juez, en efecto, podrá expandir la calificación de ilicitud incluso a las nuevas hipótesis, sin verse trabado por la necesidad de asimilarla formalmente, o por analogía, a hipótesis típicas preexistentes. Ello no significa, sin embargo, que él haga uso efectivo de dicho poder, porque un tipo particular de sensibilidad jurídica y de formación cultural de los jueces bien puede constituir un freno igual de potente que el representado, en otros lugares, por el principio de la tipicidad".

64 Código Civil alemán: "§ 823. *Deber de resarcimiento.* Aquel que con dolo o culpa infiera antijurídicamente a otro un daño en su vida, en su cuerpo, salud o libertad o en la propiedad de sus cosas u otro derecho cualquiera, queda obligado a repararle el daño producido" (1er. párrafo).

Un sector de la doctrina alemana deduce del enunciado anterior cuatro presupuestos básicos que hacen procedente la acción de resarcimiento de los daños por actos ilícitos, a saber, la relación causal, la culpa, la lesión de un bien protegido por el derecho y la antijuridicidad.

No es improbable que la intención de nuestro codificador haya sido la de mejorar, a toda costa, la posición del damnificado en una eventual causa judicial[65]. Hay otras figuras especiales en las cuales un régimen probatorio favorable, caracterizados por el establecimiento de presunciones, se ha contemplado expresamente[66]. Lo que se debe destacar es que semejante favoritismo se ha limitado siempre, si se tiene en cuenta la experiencia extranjera, a la imposición del descargo por falta de culpa, pero jamás del dolo, que es la intención de cometer el acto ilícito generador de responsabilidad.

¿No es que *dolus non praesumitur*, "el dolo no se presume"?

Tan tajante y tradicional afirmación se ha vuelto relativa en la experiencia italiana donde se considera que, por lo menos en algunas situaciones –excepcionales, naturalmente– puede presentarse un "dolo presunto"[67]. Así ha ocurrido en el campo de la competencia desleal, en el

---

65 El autor de los, en honor a la verdad, oscuros comentarios a los artículos sobre la responsabilidad extracontractual del Código Civil vigente se limita a señalar que "la culpa y el dolo se presumen contra el autor del daño. Mas este puede superar esa presunción, o sea, realizar el descargo del que habla el artículo 1969". A continuación, propone una interpretación: "este artículo no dice las causales, o sea, los elementos de juicio para el descargo. Estos son, como se sabe, el caso fortuito, de fuerza mayor, y el hecho determinante de un tercero, o la imprudencia de quien padece el daño". Finalmente, propugna una errada visión subjetivista, desmentida por todas las normas subsiguientes: "además, se debe considerar que aun faltando los casos antes indicados, el deudor [*sic*] puede alegar y probar que él observó una conducta prudente y diligente, sin poder, sin embargo, evitar la producción del daño, es decir, que obró dentro de una conducta razonable, por lo cual no debe responder del daño producido": LEÓN BARANDIARÁN, José, "*Responsabilidad extracontractual*" en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, *Código Civil*, VI, *Exposición de motivos y comentarios*, al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Ediciones, Lima, 1988, pág. 800.

La doctrina nacional posterior, sin embargo, da sustento a mi resalto sobre la errada redacción de la segunda parte del artículo 1969 del Código Civil.

DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 152, escribe, al respecto: "queda evidentemente en claro que la inversión de la carga de la prueba no puede comprender el caso de dolo, porque el dolo no se presume nunca. Por consiguiente, si el demandante se limita a probar el daño y el nexo causal, debe suponerse *iuris tantum*, que habido simplemente culpa, lo que es suficiente para hacer al demandado responsable, dentro de los alcances del artículo 1969. Si el demandante tuviera interés en dejar establecido que no sólo hubo culpa, sino incluso dolo (aunque ello parece irrelevante para los efectos de la responsabilidad extracontractual), la inversión de la carga de la prueba no lo ayudaría en este punto y estaría obligado a *probar* el dolo del autor del daño".

66 En el artículo 1979, por ejemplo, se estipula que "el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que este cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero". Sólo la demostración de la participación de un tercero libra de responsabilidad al dueño o cuidador del animal.

67 Las referencias sobre el "dolo presunto" o dolo *in re ipsa*, en la jurisprudencia italiana, son de FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, cit., págs. 171-172; y de VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., págs. 323 y sgtes.

Vittorino PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Cedam, Padua, 1998, pág. 78, hace ver que "el principal problema planteado por la doctrina es si se pueden configurar hechos ilícitos que solamente sean dolosos. La respuesta positiva halla sostén en la misma ley. Basta pensar en los hechos ilícitos constitutivos de delito, como la estafa, por ejemplo. Pero no es necesario limitarse a los delitos, porque en toda hipótesis típica de hecho ilícito, es decir, en toda hipótesis creada por la ley, es el mismo legislador el que establece si se debe responder del daño sólo en caso de dolo, o también de culpa. Se puede recordar el ilícito de dolo, de engaño [...] y, en general, aquellos que conviene llamar hechos ilícitos de conducta, hechos ilícitos que son tales cuando no se observa un comportamiento expresamente previsto por la ley".

caso de una empresa que publicitaba como patentado un automóvil que, en realidad, no ostentaba dicha condición. Los jueces han considerado que se presume, entonces, la existencia de un engaño[68], el cual, por naturaleza, no puede ser culposo, sino que es siempre un acto voluntario.

También puede citarse el ya referido caso de las lesiones al derecho de crédito por parte de terceros, que tampoco son concebibles –piénsese en la inducción al incumplimiento de las obligaciones– sin el elemento del dolo.

Lo mismo vale para el comportamiento anormal del titular de un derecho que causa daño a otro porque se excede en el ejercicio de tal derecho. Esta figura, conocida como "abuso del derecho", requiere, según la doctrina, la conciencia del exceso que se comete, lo que equivale a señalar que sólo se presenta si media dolo.

Pero de la letra del artículo 1969 de nuestro Código Civil resulta, sin ningún límite, que el dolo, el deliberado propósito de realizar un evento del que se generarán daños sí se presume, y es el sindicado como su causante quien debe demostrar que no tuvo voluntad de ocasionar aquéllos.

Es de observar, ante todo, que la demostración de la falta de dolo carece de utilidad en el campo de la responsabilidad civil, lo que no ocurre en la responsabilidad penal. En el segundo ámbito, la aplicación de las penas está condicionada, por excelencia, a la verificación de una conducta dolosa; por ende, la demostración de la inexistencia de intencionalidad de cometer un crimen sí puede decidir el dictamen en el juicio respectivo. Ello no sucede en el campo aquiliano, porque el deber de resarcimiento persiste aun cuando no haya existido, sino simplemente culpa (y a veces, al margen de todo criterio subjetivo de imputación, pero este es otro problema).

La ley tampoco contempla la posibilidad de aminorar el monto del resarcimiento si se ha obrado con culpa, y no con dolo; en caso contrario, sí tendría algo de razón lo prescrito en el Código Civil.

Tampoco hay supuestos normativos que señalen al dolo como criterio de imputación imprescindible para efectos de la determinación de la responsabilidad. En Alemania, en cambio, el dolo figura como único criterio de imputación válido en la hipótesis en que los daños se ocasionan atentando contra las buenas costumbres[69].

---

En Italia, es mérito del profesor de la Universidad de Trieste, Paolo CENDON, *Il dolo nella responsabilità civile (Cenni preliminari)*, Del Bianco, Údine, 1972, *passim*; ID., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Turín, 1976, *passim*, haber estudiado, por vez primera, esta peculiar problemática.

68 En el Código Civil peruano, el artículo 211 prevé que "si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios".

69 Código Civil alemán: "§ 826. *Daño por contravención dolosa a las buenas costumbres*.- Aquel que, faltando a las buenas costumbres, infiera dolosamente un daño a otro, queda obligado a repararlo".

Las referencias sobre el § 826 del BGB son de HEDEMANN, *Derecho de obligaciones*, cit., págs. 531 y sgtes., quien resalta la importancia cobrada en el nivel jurisprudencial por la norma que reprime la contravención dolosa a las buenas costumbres, debido a su carácter de cláusula normativa general.

Así mismo, nuestro desafortunado texto distorsiona la aplicación del artículo 1978, cuya disposición hace responsable del daño a "aquel que incita o ayuda a causarlo"[70]. Es obvio que la incitación o la ayuda para la comisión de daños –rectamente entendidas– no pueden ser culposas, sino que suponen la dirección del comportamiento de otro[71] hacia la realización del acto ilícito, o la colaboración para el mismo efecto. Piénsese en el caso de un mal viviente que incita a alguien para que lance piedras contra las ventanas de una casa o contra un transeúnte. Entonces, la víctima que quiera comprender entre los responsables de un daño a aquellos que incitaron o contribuyeron para su producción se verá beneficiado con el régimen probatorio previsto, porque serán los demandados quienes deberá demostrar que no determinaron voluntariamente, es decir, con dolo, el evento dañoso.

La mejor doctrina nacional ha percibido la influencia de una mentalidad penalista en la disposición analizada: la acumulación de imputados potenciales, de los cuales sea posible obtener el pago de un resarcimiento para la víctima, al amparo de un impropio razonamiento en función de "instigación", y de autoría "inmediata" y "mediata". Esta sería una razón adicional para censurar la peruanísima presunción de dolo contenida en el artículo 1969, pues la doctrina penalista repudia, con razón, dicho modo de proceder.

De todas maneras, y en honor a la verdad, la manifiesta incongruencia del enunciado en cuestión no ha tenido efectos nocivos de lamentar durante las dos décadas de vigencia del Código Civil. Por lo tanto, su eliminación en una reforma legislativa futura[72], pese a ser digna de todos los auspicios, no variará el estado de cosas, apremiado por problemas mucho más importantes.

---

70 En relación con la responsabilidad por incitación o ayuda, DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. I, pág. 520, entiende que el artículo 1978 se refiere, básicamente, al dolo y no a una eventual autoría remota por culpa. "Estamos, pues, frente a la situación en que alguien incita a cometer el daño mismo, y no a aquella en que alguien incita a realizar una conducta que, a través de una serie de otras causas y concausas, puede terminar en un daño. En este último caso, la acción sólo va a producir un resultado dañino si median otras circunstancias ajenas a aquel que propone la acción". Con agudeza, el mismo autor, *ivi*, párg. 525, entrevé la "intromisión de una mentalidad penalista dentro del derecho civil" en el artículo comentado, el cual habría sido concebido "por una mentalidad que todavía ve en la responsabilidad extracontractual un mecanismo de sanción de un «culpable» antes que un mecanismo de reparación de una víctima. Las categorías conceptuales involucradas en este artículo parece que hubieran sido tomadas en préstamo del derecho penal: estamos frente al autor intelectual y a los cómplices, que no pueden escaparse del castigo. Sin embargo, estas categorías, ubicadas dentro del derecho civil, en el seno de la responsabilidad extracontractual, crean un cierto malestar, y se prestan para cualquier cosa, debido a que no se ajustan a la coherencia del sistema. Es por ello que los jueces deben ser muy prudentes en la aplicación de esta norma. Es importante notar que, desde la perspectiva de la víctima, esta ya tiene a un responsable frente a sí: el causante directo. Por consiguiente, para ella la facilidad de inculpar a alguien más no es sino una posibilidad de darle doble vuelta a la llave: no es de ello que depende su reparación, sino que el «incitador» y/o el «ayudante» no son sino «blancos» adicionales sobre los cuales disparar la demanda de indemnización. De esta manera, la cautela de los jueces en aplicar este artículo no perjudicará a las víctimas, que son las verdaderas protagonistas de la responsabilidad extracontractual".

71 Aunque se convenga en considerar "cosas" a los animales, también es admisible la incitación de estos, por parte un tercero, para la agresión. Sin embargo, ya el artículo 1979, citado en las notas anteriores, contiene una previsión al respecto.

72 El nuevo texto que se sugiere para el artículo 1969, por iniciativa de ESPINOZA ESPINOZA, en el marco de las *Propuestas de Reforma del Código Civil*, es el que sigue: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. Es descargo por falta de culpa corresponde a su autor". Se cancela, pues, la "presunción de dolo".

**INTRODUCCION**

**3) EL CONCEPTO JURIDICO DE RESPONSABILIDAD EN LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO. Abraham Sanz Encinar.**

# EL CONCEPTO JURÍDICO DE RESPONSABILIDAD EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO *

Abraham SANZ ENCINAR **
Universidad Autónoma de Madrid

## I. INTRODUCCIÓN

EL concepto de «responsabilidad» es, probablemente, uno de los más utilizados por los seres humanos. Así, cotidianamente, al manejar un texto legal, leer el periódico, oír los noticiarios y tertulias de las emisoras de radio y de televisión, etc., nos encontramos con frases como «un corrimiento de tierras fue el responsable de la rotura de la balsa de Aznalcóllar», «los ciudadanos franceses consideran al Gobierno responsable de la situación económica», «A. G. considera que su mujer fue la responsable de su divorcio», «V. G. fue condenado como responsable de un delito de homicidio», etc. Todos estos enunciados tienen en común el uso del concepto «responsabilidad», pero no son idénticos, ya que cada uno, además de significar una cosa distinta, utiliza el término «responsabilidad» en un campo distinto; de modo que uno hace referencia a las relaciones de causalidad, otro a la responsabilidad moral, otro a la política... y el último a la responsabilidad jurídica.

Por todo ello, el concepto de «responsabilidad» se muestra como una referencia común para distintos ámbitos de la vida y de la actividad. De esta multiplicidad de usos y significados del concepto «responsabilidad» se dio cuenta Hart (1), quien detectó cuatro sentidos distintos de este término, en principio, correspondientes a otros tantos ámbitos de actividad.

---

* El presente artículo tiene su origen en el trabajo de investigación *Sobre el concepto jurídico de responsabilidad* (305 pp.), dirigido por el profesor Dr. D. Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador, que defendí ante un tribunal del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Facultad de Derecho de la UAM el 15 de junio de 1998.

** Becario FPU del Ministerio de Educación y Cultura en el Área de Filosofía del Derecho de la UAM.

(1) Cfr. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1968. Segunda impresión, revisada, 1970.

AFDUAM 4 (2000), pp. 27-55.

Volviendo a la práctica diaria, sin lugar a dudas, nos daremos cuenta de que en los terrenos donde más se utiliza este concepto son los de la moral y el Derecho. Así, frases como «el dueño del ganado es responsable de su alimentación», «me siento responsable de lo sucedido», «el responsable del crimen fue condenado» o «Doña. M.ª C. D. no fue hallada responsable de los cargos que se le imputaban», son oídas, leídas y dichas prácticamente todos los días. En las dos últimas oraciones el concepto de responsabilidad se usa de una manera determinada, con un sentido concreto, en su vertiente jurídica, que es la que interesa al objeto de este trabajo.

A todas luces, el de responsabilidad es uno de los conceptos jurídicos angulares de todo Ordenamiento. Sin él nos resultaría muy difícil entender el Derecho, porque nos faltaría el elemento por el cual reacciona el Ordenamiento ante el individuo que infringe un determinado precepto jurídico. En definitiva, creo que la función coactiva del Derecho sería difícilmente comprensible sin el concepto de responsabilidad. Encontramos manifestaciones de la responsabilidad jurídica en todos y cada uno de los sectores del Ordenamiento– Derecho civil, penal, administrativo, mercantil, laboral, etc., teniendo en cada uno de ellos sus peculiaridades– y, por tanto, desde todas estas ramas, incluida la Filosofía Jurídica, se ha procedido, en mayor o menor grado a estudiar sus elementos, su forma de actuar, su justificación, que son distintos en muchas ocasiones, en definitiva, a definirla y a analizarla. Pero, pese a su importancia y la cantidad de palabras que los juristas le han dedicado, no podemos encontrar una definición clara, precisa y unívoca de responsabilidad jurídica.

Si, en una primera aproximación, acudimos al *Diccionario de la Lengua Española* nos encontraremos con que en la segunda acepción de esta entrada se dice: *«Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal»* (2). Puede que alguien piense que para qué necesitamos más, pero si reparamos un poco en la definición dada por los académicos, podremos concluir que nos encontramos ante un ejercicio de eclecticismo que no nos aporta casi nada, si bien es cierto que, con toda probabilidad, no podían hacer mucho más.

¿Por qué es ecléctica? Porque lo que hace es recoger la mayoría de los elementos de los conceptos de responsabilidad que aparecen en el Derecho. Así encontramos reflejada la reparación de los daños causados por una acción propia o de un tercero mediando dolo o culpa (responsabilidad subjetiva) y la responsabilidad objetiva cuando dice «... o de otra causa legal». Pero además es una definición incompleta, coja, que desconoce otros aspectos de la responsabilidad. Digo esto, porque, qué duda cabe, esta definición tiene un marcado carácter civilista, pues parece referirse sólo a los daños y no recoge la responsabilidad penal que surge de la realización de un ilícito penal consistente en el quebrantamiento de una norma penal y que da lugar a una sanción determinada a la que, salvo que nos acojamos a las teorías retribucionistas de la pena, no podemos calificar de mera deuda u obligación de satisfacer los daños causados, ya sea a la víctima, ya a la sociedad. Así pues, esta definición nos deja insatisfechos, y esto, el que un concepto tan exten-

(2) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española,* 21.ª edición, Espasa, Madrid, 1992, p. 1784.

dido, tan utilizado socialmente, al que vinculamos importantísimas consecuencias, no sólo jurídicas, sino también morales y sociales, no tenga una acogida clara en el *Diccionario,* nos indica las dificultades que conlleva intentar dar una definición del concepto de responsabilidad. Además, un vistazo rápido a las distintas apariciones de la responsabilidad en el Ordenamiento e incluso en algunas enciclopedias jurídicas, tampoco nos satisface mucho más.

Por su parte, del estudio de las distintas formas en las que se regula la aparición de la responsabilidad en el Derecho positivo, se puede deducir que también posee distintos significados –las diferencias no se circunscriben a los distintos tipos de responsabilidad según los ámbitos, moral, política, jurídica, etc.–. Por todo ello, cabe afirmar que la responsabilidad es un concepto ambiguo y vago, cuyo significado y definición no están del todo claros.

En este estado de cosas, nace el objeto de este trabajo, que no es otro que buscar respuesta a la cuestión de si existe una sola «responsabilidad», o mejor dicho, ¿es posible hallar una definición de responsabilidad jurídica que subsuma todos los tipos que aparecen en el Ordenamiento?, claro está, que no se limite a hacer una recopilación de todos, y, si es posible, ¿en qué consiste? En definitiva, de lo que se trata es de ver si todo lo que situamos bajo el concepto de responsabilidad jurídica es la misma cosa.

## II. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO POSITIVO

Partiendo de la responsabilidad en el Derecho positivo pueden detectarse tres grandes sistemas, que subsumirían todas las manifestaciones que se encuadran bajo el concepto de responsabilidad. Éstos serían: 1. responsabilidad sancionadora o penal –que incluye a la responsabilidad administrativa sancionadora y la prevista en el art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)–; 2. responsabilidad civil subjetiva, y 3. responsabilidad civil objetiva.

### 1. Responsabilidad penal o sancionadora

De los tres sistemas, éste se muestra como la responsabilidad jurídica que permanece más cercana, en cuanto estructura y función, a la responsabilidad moral. Teniendo como principal finalidad la de servir como refuerzo de las normas que prescriben o prohíben modelos de conducta.

Al actuar como reacción del Ordenamiento ante una conducta por éste desaprobada, la responsabilidad penal significa la realización de un juicio de valor negativo sobre la conducta concreta del individuo, es decir, un reproche. Por consiguiente, dejando a un lado las críticas realizadas por el determinismo, la responsabilidad penal ha de sustentarse sobre la culpabilidad, ya que, para poder imputar la responsabilidad por un acto a un sujeto, ha de considerarse a dicho sujeto un agente moral, lo que implica admitir su capacidad de libre decisión.

Aunque no me centraré en este debate –determinismo *vs.* indeterminismo– me gustaría dejar constancia que una gran parte de las críticas que desde las posiciones deterministas se lanzan contra la culpabilidad se basan en una premisa errónea,

consistente en la afirmación de la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad del sujeto responsable (3). El error de esta premisa no estriba en la afirmación de la imposibilidad de demostrar la culpabilidad, sino en la consideración de la necesidad de esta demostración, ya que la culpabilidad no es como el color de ojos, sino que al igual que la dignidad humana, la igualdad, etc., la libertad de voluntad es una cualidad que atribuimos al ser humano por el mero hecho de serlo. Como dice Jakobs: «Un ordenamiento jurídico no puede comportarse frente a un autor como si fuese un perro, sino que debe ser tratado como una persona» (4).

La idea de que la responsabilidad tiene por contenido un reproche jurídico contra el agente en cuestión y que, por tanto, se basa en la culpabilidad no significa rechazar las tesis que consideran que la función de la pena no es la retribución, sino la prevención, ya que, tal y como señaló, entre otros, Ross, la amenaza de reproche actúa como factor disuasorio, preventivo. En este sentido, es destacable ver cómo autores como Jakobs, Roxin o Schünemann, que se caracterizaron por sus críticas a la culpabilidad, en los últimos años se han ido sumando la visión de la culpabilidad como un elemento importante del Derecho penal, que complementa la función preventiva del Derecho penal y coadyuva a legitimarlo (5).

## 2. **Responsabilidad civil subjetiva**

Es el segundo gran sistema de responsabilidad. La responsabilidad civil subjetiva surge ante un acto antijurídico que causa un daño que ha de ser reparado. El carácter subjetivo le viene dado por el hecho de que el criterio de imputación subjetiva que utiliza es la culpabilidad del autor.

Pese a que formalmente sigue siendo una responsabilidad basada en la culpa, no podemos olvidarnos de los artículos 1101 y 1902 CC y en los que se establece la culpabilidad como requisito para la aparición de la responsabilidad, ésta ha sufrido, y está sufriendo, un proceso de evolución que le ha llevado a la objetivación –siempre dentro de unos límites– de la responsabilidad civil subjetiva. Este proceso, que se ha visto ayudado por el hecho de la implantación de un sistema de responsabilidad civil objetiva en algunos sectores del Ordenamiento, ha sido protagonizado por la jurisprudencia que desde la STS de 10 de julio de 1943 inició un camino en el que, bien por la inversión de la carga de la prueba o por las pre-

---

(3) Acerca de esta polémica, me parece muy esclarecedor lo sostenido por Hierro. *Vid.* Liborio L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Libertad, y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* tomo XLII, fascículo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989. Trabajo al que, en lo referente a esta cuestión, me remito con carácter general.

(4) Günther JAKOBS, «El principio de culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, trad. Manuel Cancio Meliá, tomo XLV, fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 1074 (orig: «Das Hchuldprinzip», 1992).

(5) A este respecto, con carácter general, *vide* los siguientes trabajos: Günther JAKOBS, *op. cit.;* Claus ROXIN, «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», *Cuadernos de Política criminal*, núm. 30, trad. Jesús María Silva Sánchez, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986 (orig: «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», 1984); y Bernd SCHÜNEMANN (compilador), «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991 (orig: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1984).

sunciones en contrario, bien por la elevación de los estándar de diligencia, ha llevado a la progresiva dilución del requisito de la culpabilidad a la hora de imputar la responsabilidad. Toda esta objetivación de la responsabilidad civil subjetiva se ha sustentado en la visión que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen de la responsabilidad civil, a la que conciben como una institución meramente reparadora.

Frente a esta visión de la responsabilidad civil subjetiva, creo que es posible mantener una concepción de la misma que, más en consonancia con el espíritu de las normas que implantaron la responsabilidad civil en la época de la codificación, la entienda como una reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción del mismo. De modo que, con independencia y sin perjuicio de la finalidad reparadora, se atribuya a la responsabilidad civil subjetiva una función preventiva y de refuerzo de los deberes de conducta impuestos por dicho Ordenamiento. Esta concepción se sustenta en que el presupuesto de partida de la responsabilidad civil subjetiva es la infracción de una norma –sea ésta contractual o el genérico deber *neminem laedere*–, por lo que lo lógico es pensar que el Ordenamiento no quiere esa conducta y que, por tanto, la reprueba. Reproche que se muestra en la imputación de la responsabilidad. La manifestación de esta reprobación la constituye la imposición del deber de indemnizar el daño producido, lo que supone una transferencia del daño de un patrimonio a otro, rompiéndose el principio general por el que el Ordenamiento actúa, que es el mantenimiento de los daños y los lucros en el patrimonio en el que se producen (6).

Si la responsabilidad civil subjetiva, aunque de forma muy tenue, manifiesta un reproche, habrá de exigírsele la culpabilidad, como consecuencia de la agencia moral del individuo, presupuesto éste absolutamente necesario para la imputación de la responsabilidad.

## 3. **Responsabilidad objetiva**

Este sistema se caracteriza por prescindir del requisito de la infracción como punto de partida y, consecuentemente, por no recurrir a la culpabilidad como criterio de imputación subjetiva.

La primera de las características se evidencia en que generalmente se impone este sistema en la regulación de actividades perfectamente legales que reportan un beneficio a la sociedad, estableciéndose como indemnizable cualquier daño, aunque provenga de un acto perfectamente normal. Por su parte, la segunda característica es fácilmente comprobable, ya que el único requisito que se exige es la existencia de la relación de causalidad entre el acto y el daño, y la satisfacción de las condiciones de imputación objetiva.

De esta forma, las normas de responsabilidad civil objetiva lo que hacen es imponer la obligación de reparar los daños que se produzcan como concreción de

---

(6) Cfr. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Comentario del artículo 1902», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Donde puede leerse: «... el ordenamiento debe partir del principio de que todo lucro (como todo daño) debe dejarse en el patrimonio donde se ha producido, salvo que exista una buena razón...» (p. 1989).

los riesgos de determinadas actividades, generalmente lícitas, con independencia de la diligencia del agente. Por todo ello, parece acertada la tesis de quienes señalan que este sistema no establece «auténticos» supuestos de responsabilidad, sino una obligación legal de reparar (7).

En cuanto a la evolución de la responsabilidad civil en su conjunto, es decir considerando todas las manifestaciones de la «responsabilidad» en los distintos sectores del Ordenamiento, puede afirmarse que además de en un proceso de objetivación también se encuentra inmersa en un proceso de extensión, como se deriva del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles. Así, los sistemas de responsabilidad civil estarían siendo concebidos como mecanismos tendentes a garantizar la estabilidad y la integridad patrimoniales, más que a reforzar el cumplimiento de determinadas normas de conducta (8).

## III. **LA RESPONSABILIDAD EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO**

Como ya se habrá podido deducir, el panorama ante el que se encuentra la Teoría General del Derecho a la hora de llevar a cabo la reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad, se caracteriza por la ambigüedad y la vaguedad del concepto «responsabilidad».

La ambigüedad del concepto jurídico de responsabilidad responde al hecho de que se manifiesta con distintos significados. Así, puede observarse cómo aparece entre dos polos, responsabilidad penal y responsabilidad objetiva, que realmente tienen pocos elementos en común. Junto a la ambigüedad, la otra característica, del concepto de «responsabilidad» que nos presenta el análisis del Derecho positivo es la vaguedad. Este carácter se comprueba en que, siendo cierto que aparecen tres tipos de responsabilidad que pretenden tener características distintas, algunas de ellas no parece que terminen de estar claramente definidas. Para explicar esta idea, me centraré en los dos polos del concepto de responsabilidad: la responsabilidad penal y la responsabilidad objetiva. Entre ambas se genera una zona intermedia, que en buena medida está cubierta por la responsabilidad civil.

La responsabilidad penal es la única manifestación que podría considerarse que escapa a la calificación de vaga. No obstante, tanto la puesta en cuestión del sistema de culpabilidad sobre el que se sustenta como los ataques a la idea de

---

(7) Por todos, *vid.* Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español,* Aranzadi, Pamplona, 1972.

(8) No obstante, ha de señalarse que desde una parte de la escuela del análisis económico del Derecho se señala que en sectores como el de los accidentes, que en la actualidad se encuentran muy objetivados, debería volverse a un sistema de responsabilidad por culpabilidad ya que éste se muestra más ventajoso para el conjunto de la sociedad. Si bien, es cierto, que este regreso a la culpabilidad se haría sobre la base de un concepto de culpa distinto al tradicional, sustentándose sobre criterios economicistas que, en vez de tener un contenido reprobatorio, consistiría en un cálculo de costes de modo que la culpabilidad concurriría cuando el coste de los daños producidos por el accidente hubiese sido mayor que el coste de las medidas de seguridad multiplicadas por la probabilidad de que aquél se produjera. Cfr. Cándido PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)», *Anuario de Derecho Civil,* tomo XXXIV, fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, pp. 660 y 661.

reproche han contribuido a desdibujar alguno de sus perfiles, como puede ser el reproche, que pese a seguir vigente ha tenido que adaptarse a nuevas teorías y finalidades (9). Pese a ello, puede seguir afirmándose que es la manifestación de la responsabilidad que mantiene más marcados sus límites.

Finalmente, la responsabilidad civil objetiva, que en principio debía constituir una manifestación bien definida, tampoco escapa a ciertas vaguedades. Esto se debe a que ciertas responsabilidades que hoy son configuradas por la jurisprudencia y la doctrina como objetivas o cuasiobjetivas no terminan de abandonar las referencias a la culpa, ya sea *in vigilando, in educando, in eligendo,* etc. Con lo que parece no terminar de definirse como una responsabilidad pura sin culpa, al no llegar a asumir la satisfacción de los criterios de imputación objetiva como único criterio de imputación subjetiva, renunciando a todos los demás (10).

Así pues, en este campo de ambigüedad y vaguedad es donde ha de desenvolverse la Teoría General del Derecho a la hora de intentar reconstruir el concepto jurídico de responsabilidad.

## 1. **Los intentos de reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad**

Hasta la fecha, los intentos de reconstruir el concepto jurídico de responsabilidad han consistido en tratar de encontrar una definición del mismo que permita abarcar todas las manifestaciones de dicha institución que aparecen en el Derecho. Para ello, se puede optar entre dos vías de reconstrucción: el intento de elaboración de un concepto unitario que comprenda todos o casi todos los diferentes tipos de responsabilidad que hemos visto, o la de asumir la existencia de distintos conceptos de responsabilidad entre los que se disgreguen las diferentes manifestaciones que de esta institución se han señalado (modelo de disgregación).

### 1.1 Modelo unitario

Como ya he dicho, este modelo de reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad intenta encontrar una definición que abarque todas las manifestaciones que de la responsabilidad se dan en el ordenamiento jurídico, o cuando menos de la mayor parte de ellas. Dentro de este modelo, me voy a centrar en dos conceptos, que representan dos formas de entender la responsabilidad. Aquel que ve la responsabilidad como una reacción del Ordenamiento y el que llamaría un concepto «ecléctico» de responsabilidad.

#### 1.1.1 *La responsabilidad como reacción. La responsabilidad en Kelsen*

Desde esta perspectiva, la responsabilidad es vista como la reacción del Ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto cuando se dan unas determinadas condiciones establecidas por el Ordenamiento en cuestión.

---

(9) Me refiero a la finalidad preventiva de la pena.

(10) A esta vaguedad del concepto de responsabilidad objetiva responden las afirmaciones de que las cláusulas que establecen la concurrencia de culpa de la víctima hacen que no se esté ante una responsabilidad objetiva pura, sino atenuada. A mi juicio, esta interpretación constituye un error, ya que sería más correcto justificar la aparición de esta causa de exoneración en la interrupción del nexo causal.

Esta concepción de la responsabilidad como una reacción del Ordenamiento parte de la necesidad de que produzca la infracción de una norma, luego parte de un acto que, comúnmente, llamaríamos contrario a Derecho (11). Es decir, parte de la realización de una conducta que un Ordenamiento dado considera indeseable. Por tanto, al ser considerado este actuar como no deseable la responsabilidad, como reacción del Ordenamiento, expresa o manifiesta un reproche jurídico que se explicita en la sanción, sea ésta penal o civil (12). Así pues, esta concepción de la responsabilidad se caracteriza por ver en la imputación de responsabilidad una reacción del Derecho contra una actuación que considera reprobable jurídicamente hablando.

Esta visión no es nueva y ha sido seguida por distintos autores, entre ellos Kelsen, quien en su *Teoría Pura del Derecho* define la responsabilidad como *«la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido o que un tercero cometiera»* (13). Así, para Hans Kelsen la responsabilidad es la relación entre la sanción y el sujeto sobre el que ésta recae. La responsabilidad está en relación con el concepto de obligación, en tanto aquélla nace cuando ésta se incumple, ya que es el momento en el que se da el requisito necesario para aplicar el acto coactivo de la sanción. Si bien, a diferencia de la obligación, la responsabilidad determina quién será el sujeto que habrá de soportar la sanción (14). Por lo tanto, para Kelsen «que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario *(sic)»* (15).

Como señalan Nino y Larrañaga, Kelsen utiliza tres criterios (16) que determinan seis tipos de responsabilidad: directa e indirecta, individual y colectiva, y por culpa y por resultado. El primero de los criterios atiende a la relación entre el sujeto obligado y el sujeto responsable. En la mayoría de los casos –en el Derecho penal en la totalidad de los mismos–, la relación entre ambos sujetos será la identi-

---

(11) Digo comúnmente porque no está pacíficamente asumido que la infracción de una norma sea un acto contrario a Derecho. Así, Kelsen mantiene que precisamente la conducta prohibida es la que conforma el Derecho, por lo que al incurrir en ella no se rompe o viola el Ordenamiento, sino que solamente se realiza una acción que, en virtud de una norma de un Ordenamiento dado, conlleva una sanción [cfr. Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa S. A., México, D. F., 1991, pp. 127 y 128 (orig: *Reine Rechtslhre,* Viena, 1960); y el mismo, *Teoría general del Derecho y del Estado,* trad. Eduardo García Máynez, 2.ª edición, UNAM, México, D. F., 1958, pp. 59-61 (orig: *General theory of Law and State,* Harvard University Press, Harvard)].

(12) Sobre el concepto de sanción civil sólo diré, en este momento, que tanto Kelsen, Hart como Ross manejan este término, si bien reflejando ideas distintas.

(13) Hans KELSEN, *Teoría...*, cit., p. 137. A la hora de analizar esta definición, ha de tenerse muy en cuenta el concepto de sanción que maneja Kelsen y la importancia que al mismo da dentro de su concepción del Derecho, convirtiéndolo en uno de los pilares fundamentales de la misma.

(14) Cfr. Hans KELSEN, *Teoría...*, cit., p. 133; y el mismo, *Teoría General...*, cit., pp. 75 y 76.

(15) Hans KELSEN, *Teoría General...*, cit., pp. 75 y 77.

(16) Los criterios son: la relación entre el obligado y el responsable, el carácter individual o colectivo del responsable y la relación interna de intencionalidad. Cfr. Pablo DE LARRAÑAGA MONJARAZ, *El concepto de responsabilidad en la Teoría de Derecho contemporánea,* tesis presentada para la colación del grado de doctor en Derecho realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Manuel Atienza, inédito, 1996, p. 369; y Carlos S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho,* 4.ª edición, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 187-190.

dad. Es decir, el sujeto obligado a una determinada conducta será el que sufre la imputación de la responsabilidad y la ejecución de la sanción, dándose lugar a un caso de responsabilidad directa.

No obstante, es posible que se produzca un caso en el que la relación entre ambos sujetos no es la identidad, es decir, que son personas distintas, dándose lugar a un caso de responsabilidad indirecta. La peculiaridad está en que el sujeto responsable sólo puede cumplir con la sanción, ya que no dispone de ningún medio para evitar ésta, dado que eso le corresponde al sujeto obligado, que es quien con su conducta determinará o no la aparición de la sanción (17). Es precisamente esta posibilidad la que hace que Kelsen distinga entre obligación y responsabilidad (18).

El segundo criterio es el del carácter del sujeto responsable, es decir, si es individual o colectiva. Respecto a la primera, no hay mucho que señalar y puede darse en cualquiera de los dos casos vistos antes, si bien es cierto que en el supuesto de responsabilidad indirecta sólo tiene sentido si existe algún lazo afectivo, psicológico o de índole similar que pueda desplegar algún efecto de refuerzo con la conducta del obligado (19). La otra posibilidad, la responsabilidad colectiva, surge cuando es un grupo de personas –los socios de una sociedad, los habitantes de un Estado, los miembros de una comunidad, etc. — quienes soportan la sanción derivada de la conducta de uno de ellos. Es decir, que la sanción «no está dirigida contra un individuo único, sino contra muchos, o todos los miembros de determinado grupo al que pertenece el delincuente» (20).

Queda por ver la distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad absoluta. Para Kelsen «una técnica jurídica refinada exige la distinción entre el caso en que el agente ha previsto o querido el efecto de su conducta, y aquel en el que el comportamiento de una persona produce un efecto perjudicial que no había sido previsto ni querido por el sujeto actuante» (21). Esta distinción es la que se establece entre la responsabilidad intencional, o por culpa, y la responsabilidad absoluta, o por el resultado.

Para que se produzca un supuesto de responsabilidad por culpa, el autor ha de haber actuado con la intención de realizar el comportamiento sancionado o de producir unos determinados resultados. Este momento, al que se llama dolo, refleja

---

(17) Respecto a esta responsabilidad, hay que señalar que para que tenga fuerza su función de refuerzo habrá de existir alguna relación especial entre ambos sujetos, bien sea afectiva, familiar, psicológica, etc. (cfr. Pablo DE LARRAÑAGA MONJARAZ, *op. cit.* p. 52).

(18) Así lo entiende Javier Martínez Bavière en su trabajo académico dirigido sobre la responsabilidad jurídica (58 pp.) –presentado ante un tribunal del Área de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UAM, compuesto por los profesores Drs. D. Francisco Laporta, D. Juan Carlos Bayón y D. Liborio L. Hierro, en junio de 1997–, texto que, igual que el presente, es fruto de la participación en el *Seminario sobre la responsabilidad jurídica* que desde 1993 el profesor Hierro ha mantenido con distintos estudiantes de dicha facultad. Cfr. Javier MARTÍNEZ BAVIÈRE, *Concepto y fundamentos de la responsabilidad jurídica*, inédito, 1997, p. 11; y Pablo DE LARRAÑAGA MONJARAZ, *op. cit.* p. 50.

(19) Cfr. Hans KELSEN, *Teoría*..., cit., p. 135.

(20) Hans KELSEN, *Teoría*..., cit., p. 135.

(21) Hans KELSEN, *Teoría General*..., cit., p. 76. En términos similares, el mismo, *Teoría*..., cit., p. 136.

«una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del delincuente, y el acontecimiento producido o no impedido, por su conducta, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él» (22). Si no aparece esta intencionalidad, se estará, según Kelsen, ante un supuesto de responsabilidad absoluta. Aunque puede sorprender, bajo este rótulo Kelsen sitúa los casos de negligencia, ya que, para él, al basarse en el desconocimiento de los deberes de cuidado, «no se trata –como en el caso de la previsión o intención– de una relación positiva entre el fuero íntimo del delincuente y el acontecimiento indeseable provocado, o no impedido, por su conducta externa. Consiste en la falta de tal relación, exigida por el orden jurídico. En ese sentido, el acto ilícito por negligencia es un delito de omisión, para cuya comisión se ha estatuido una responsabilidad por el resultado» (23).

Finalmente, antes de concluir con la exposición del concepto de responsabilidad, hay que hacer una mención a un elemento de cierta confusión en su teoría, que ha dado lugar a algunas críticas al respecto (24). Este factor de confusión es la afirmación que realiza Kelsen de que la obligación de reparar un daño no actúa como una sanción. Para este autor, la «obligación de resarcir el daño sólo aparece, no sólo cuando el ocasionar el daño es convertido en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra el derecho, es condición de la sanción» (25). Para Kelsen, normalmente, el Derecho positivo prevé que se pueda evitar la sanción mediante la reparación del daño, que se convierte así en una obligación «accesoria que sustituye a la obligación principal violada» (26).

---

(22) Hans KELSEN, *Teoría*..., cit., p. 136.

(23) Cfr. Hans KELSEN, *Teoría*..., cit., pp. 136 y 137.

(24) *Vid.* Javier MARTÍNEZ BAVIÈRE, *op. cit.* pp 13 y ss.

(25) Cfr. Hans KELSEN, *Teoría*..., cit., p. 137.

(26) Cfr. Hans KELSEN, *Teoría*..., cit., p. 137. A este respecto, me parecen muy adecuadas las críticas que a esta concepción de la sanción, y por ende de la responsabilidad, hace Martínez Bavière. Las cuales por su interés reproduzco:

«Sea lo que sea lo que se designe por el término "responsabilidad", está íntimamente ligado con la conducta humana, y no basta la constatación de que el derecho impone a un individuo una sanción para poder hablar de responsabilidad. El Ordenamiento hace responsable al individuo por alguna razón, y esa razón sí debe formar parte del objeto de cualquier teoría del Derecho.

Esta idea se entenderá mejor si se analizan las dificultades con las que se encuentra Kelsen a la hora de definir la sanción. Un ejemplo significativo de la insuficiencia de la teoría se encuentra en el problema ya mencionado de la responsabilidad por acto de tercero. Kelsen comienza admitiendo la posibilidad de encontrarla en cualquier Ordenamiento. Esto es perfectamente coherente con su idea inicial, según la cual la responsabilidad nace del mero hecho de que alguien sea sancionado, y no es necesaria identidad entre el sujeto obligado y el sujeto sancionado. El modelo lo aplica de forma clara a la responsabilidad colectiva. Sin embargo, la idea de que pueda no existir relación directa entre obligación y responsabilidad parece inquietarle, de forma que cuando se refiere a la responsabilidad civil por daños derivados de la conducta de terceros, transforma sin dar excesivas explicaciones esa responsabilidad, la sanción que consiste en el resarcimiento, en una obligación alternativa, cuyo incumplimiento sería el que dé lugar a sanción.

¿En virtud de qué principio de la Teoría Pura tal obligación no es una sanción? Eso lo deja Kelsen en el aire. Parece no darse cuenta del peligro que encierra este giro. Como la obligación de resarcir no es directamente ejecutable coactivamente, no puede ser considerada sanción. En el momento en que tal obligación sea incumplida, entonces sí tenemos una conducta ilícita, una sanción y un responsable (aquél cuyo patrimonio sea ejecutado).

Como se habrá podido comprobar, la concepción de la responsabilidad de Kelsen, siendo un gran intento y apuntando algunas cosas muy interesantes, se muestra insuficiente para conceptualizar todas las manifestaciones de la responsabilidad.

Una vez finalizada la exposición de la responsabilidad en Kelsen, cuyos planteamientos sólo he utilizado a modo de ejemplo y no como definitorios de la concepción de responsabilidad que estoy planteando, es el momento de volver al intento de hallar un concepto unitario de responsabilidad como reacción del Ordenamiento.

La concepción de la responsabilidad como reacción sólo sirve para aquellas manifestaciones de la responsabilidad que tengan como condición la infracción de una norma. En este grupo estarían la responsabilidad penal y la responsabilidad civil subjetiva. Eso sí, esta última, siempre y cuando mantuviera la necesidad de que el acto que da lugar al daño a reparar sea antijurídico, así como que no se olvide que estas normas tienen una función de refuerzo de deberes de conducta que se consideran deseables para la sociedad. Pero, más allá de estos casos, este concepto de responsabilidad no sirve. Es decir, quedan fuera de él todos los supuestos de responsabilidad civil objetiva, ya que en estos casos la obligación de indemnizar no actúa como reacción, sino que solamente se establece un deber resarcitorio que, sin conllevar culpa ni reproche alguno, se comporta como una norma redistribuidora de costes.

### 1.1.2 *La responsabilidad como mera consecuencia jurídica (un concepto ecléctico)*

Como he señalado, dentro de la búsqueda de un concepto unitario de responsabilidad, junto a la definición de la responsabilidad como la reacción del Ordenamiento jurídico se encuentra el que podríamos denominar concepto «ecléctico» de responsabilidad.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad sería la consecuencia jurídica establecida por un Ordenamiento dado cuando se dan ciertas condiciones previamente

---

Tal argumentación no parece aceptable. Podría ser empleada para convertir en obligación accesoria a prácticamente cualquier sanción prevista en un ordenamiento moderno. ¿Hay alguna forma de distinguir, si abandonar los presupuestos de la Teoría Pura, entre una multa por exceso de velocidad y una obligación tributaria?

Pero esta argumentación encierra un peligro aún mayor. Si en términos kelsenianos se puede considerar (aunque debe quedar claro que Kelsen no habría dado nunca tal paso) que la multa por exceso de velocidad, mientras no sea ejecutado nuestro patrimonio coactivamente, no es una sanción, sino una obligación accesoria, entonces podemos formular la siguiente norma secundaria: "queda prohibido romper la vitrina de un establecimiento sin abonar su valor".

Al interpretar la sanción de forma tan restrictiva, lo que en Kelsen se produce es una progresión, de obligación accesoria en obligación accesoria, que sólo encuentra su fin en el momento en que la sanción es ejecutada coactivamente. No se trata de una regresión al infinito, ya que la cadena siempre tiene un último eslabón, el momento en el que finalmente el Ordenamiento irroga un mal o priva de un bien coactivamente y de forma efectiva. El problema consiste en que, hasta ese momento, al no haber sanción, no puede hablarse de responsabilidad, más aún, sin sanción no hay ilícito, ni, por tanto, obligaciones, ni derechos. Es sólo cuando finalmente se produce la sanción, cuando puede hablarse de conducta ilícita, pero entonces ésta consiste en una larga sucesión de obligaciones accesorias incumplidas, y no en lo que intuitivamente entendemos por ilícito» (Javier MARTÍNEZ BAVIÈRE, *op. cit.* pp. 15-18).

determinadas por ese sistema jurídico. Así, decir que «A es responsable de X» no es más que señalar que, según el Ordenamiento en cuestión, cuando en determinadas condiciones se da X, determinada consecuencia jurídica se le imputa a A. Como se podrá comprender, este concepto de responsabilidad es valorativamente neutral, está desprovisto de cualquier reproche, reprobación, etc., y sólo prescribe una mera relación de causalidad jurídica. De esta forma, cuando se realiza la imputación de la responsabilidad, sólo se estaría constatando la concurrencia de unos hechos que dan lugar a una consecuencia jurídica, sin que en esta operación aparezca un elemento de disvaloración moral del comportamiento del agente.

Un ejemplo de esta concepción de la responsabilidad lo podríamos encontrar en la *Liability-Responsibility* de Hart (27). Más concretamente, en la distinción que hace entre el significado de responsabilidad (*responsibility*) y la pasibilidad (*liability*). Así, para este autor, la pasibilidad y la responsabilidad, pese a ser comúnmente confundidos, son dos conceptos distintos (28).

El primero, la responsabilidad, sería con el que se hace referencia a ciertos requisitos que han de satisfacerse en un ordenamiento jurídico dado. Presupuestos éstos que, para Hart, son tres: las condiciones mentales o psicológicas; las causales, o de conexión entre el hecho y la lesión; y los que hacen referencia a la relación entre el agente y el sujeto hallado responsable. Por su parte, la pasibilidad sería un concepto más amplio en el que, además de los criterios de responsabilidad, tendrían que satisfacerse otro tipo de requisitos como pueden ser los de punibilidad (29).

Así concebida, la responsabilidad es uno de los elementos necesarios para la aparición de la pasibilidad, o como dice Hart: «Las normas jurídicas, que responden a estas cuestiones *[en referencia a las distintas preguntas que surgen cuando ha de decidirse si se sanciona a un individuo por una conducta]* definen varias formas de conexión adecuadas para la pasibilidad, y éstas constituyen los requisitos de la responsabilidad legal que sólo es una parte de las condiciones de la pasibilidad de pena, la cual también incluye las definiciones del "actus reus" de los distintos delitos» (30). De esta forma el juicio de valor sobre la conducta se traslada desde la responsabilidad a la determinación del acto como antijurídico, apareciendo su imputación como un acto desprovisto de toda carga valorativa, siendo, tan sólo, la consecuencia de la constatación de una serie de condiciones, referentes a criterios de capacidad e intencionalidad, de causalidad y de relación entre sujetos (31).

Entrando en las consecuencias de la adopción de este concepto, hay que señalar que su vertiente positiva radica en que, efectivamente, bajo su sombra caben todos los tipos de responsabilidad que conocemos. Esto es posible porque, al prescindir del reproche, del riesgo, del daño, etc., y centrarse sólo en una relación jurídica de cau-

---

(27) Como ya he señalado (*vid. supra* nota núm. 1) Hart detecta la existencia de distintos sentidos en los que se emplea el termino «responsabilidad». En concreto, este autor dice que estos sentidos son cuatro: *Role-Responsibility*, *Causal-Responsibility*, *Capacity-Responsibility* y *Liability-Responsibility* (cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* p. 212).

(28) Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* pp. 216 y 217.

(29) Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* pp. 217 y 218.

(30) H. L. A. HART, *op. cit.,* p. 222.

(31) Cfr. Javier, MARTÍNEZ BAVIÈRE, *op. cit.,* pp. 35-37.

salidad, se desentiende del contenido y motivación de cada norma de responsabilidad, fijándose en que para un supuesto de hecho se prevea una consecuencia jurídica. Por otra parte, su inconveniente es que esta concepción tan amplia de la responsabilidad jurídica produce una dilución tal del mismo concepto que hace que éste quede vacío de contenido, o mejor dicho que pierda los elementos que lo diferencian de otros conceptos jurídicos. Así, no habría mucha diferencia entre decir que «A es responsable de indemnizar a B» y afirmar que «A tiene la obligación de pagar impuestos» o que «A es responsable de pagar impuestos». Afirmaciones éstas, sobre todo la última, que a todas luces son contraintuitivas y carecen de lógica.

Por ello, creo que este concepto de responsabilidad tampoco es válido, ya que prescinde de algo que, como más adelante se verá, es básico e identificativo de la responsabilidad, como es que ésta expresa un juicio jurídico de valor (32).

Hasta aquí he presentado dos intentos de encontrar un modelo unitario de responsabilidad, los cuales no han resultado del todo satisfactorios. A continuación cambio de camino he intentaré buscar por la senda de la disgregación del concepto de responsabilidad.

### 1.2 El modelo plural del concepto de responsabilidad. La disgregación como solución

Si los caminos tendentes a la consecución de un concepto unitario de responsabilidad no nos llevan a ninguna parte, la solución que nos queda es ver si la disgregación del concepto de responsabilidad sirve de algo. Este camino lo que hace es ver cuántas manifestaciones-tipo de responsabilidad hay y ver si dando un concepto de cada una de ellas se observa algún elemento común que permita considerarlas de la misma familia.

Como casi todo, este camino tampoco es nuevo bajo el sol. Ya ha habido autores que lo han seguido de distintas formas. Esta es la opción que han seguido H. L. A. Hart y Alf Ross, quienes de diversa forma han procedido a la disgregación del concepto «responsabilidad» en diferentes conceptos, sentidos o significados. Siendo este el motivo por el que los he utilizado para la exposición de esta manera de concebir la responsabilidad.

#### 1.2.1 *Los distintos sentidos de responsabilidad en Hart*

Como ya he señalado en distintas ocasiones, Hart tiene, en relación con la responsabilidad, el gran mérito de percibir y separar los diversos significados con los que, de forma habitual, se emplea el concepto «responsabilidad».

Hart, para conseguir su propósito, parte de un párrafo en el que cuenta cierta tribulación de un capitán de un barco. En él dice:

> «Como capitán de un barco X era *responsable* por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue *responsable* de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones.

(32) Cfr. Javier Martínez Bavière, *op. cit.,* p. 35.

> Durante el viaje X se comportó muy *irresponsablemente* y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona *responsable.* El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado *responsable* por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente *responsable* de la muerte de muchas mujeres y niños» (33).

A lo largo de este breve relato aparece en distintas ocasiones la palabra «responsabilidad», pero lo hace con diferentes significados. Hart procede a clasificarlos, de forma que finalmente considera que existen cuatro sentidos distintos de la responsabilidad: 1) *Role-Responsibility*; 2) *Causal-Responsibility*; 3) *Capacity-Responsibility*; y 4) *Liability-Responsibility* (34), representando cada uno de ellos una forma concreta de uso del concepto «responsabilidad», sin que tengan por qué pertenecer los cuatro al mundo del Derecho. A continuación voy a explicar brevemente cada uno de ellos.

1. *La responsabilidad como rol.* Carlos S. Nino la define como *«obligaciones o funciones derivadas de un cargo, relación, papel, etc.»* (35). En el texto, «Como capitán de un barco X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga», es un claro ejemplo de este tipo de responsabilidad. En la frase de Hart, se puede sustituir «era responsable» por «había asumido las obligaciones de...», o por cualquier otra frase similar. Queda claro que se refiere a aquellas obligaciones y funciones que se adquieren en determinadas situaciones, por el mero hecho de desempeñar un rol especifico. No obstante, hay que señalar que se alude a un tipo concreto de obligaciones o funciones, pues no a todas se las califica como responsabilidades. Efectivamente, responsabilidades son sólo aquellas obligaciones que permiten al sujeto un cierto margen de decisión, y por tanto implican que se le considere capaz de tomar esas decisiones, en virtud de su habilidad o diligencia (36).

2. *La responsabilidad como relación causal.* Es la relación entre un hecho y sus consecuencias. En el texto se emplea en dos ocasiones y dos usos bastante diferentes: «... se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco...» y «... fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco...». Al respecto, en primer lugar, Hart señala que este sentido de responsabilidad se usa tanto en relación a actos humanos, como en situaciones provenientes de la acción de animales, o de una cosa o fenómeno (37). La segunda

---

(33) H. L. A. HART, *op. cit.,* p. 211. Traducción tomada de Carlos S. NINO, *op. cit.,* pp. 184 y 185. Subrayado mío.

(34) Conviene recordar que Hart maneja la *Liability-Responsibility* en tercer lugar, siendo la responsabilidad como capacidad el último sentido que explica. No obstante, por motivos de claridad expositiva, he decidido seguir a Nino y alterar el orden pasando al cuarto lugar la responsabilidad como imputabilidad (cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* p. 212; y Carlos S. NINO, *op. cit.,* pp. 184 y ss.).

(35) Carlos S. NINO, *op. cit.,* p. 185.

(36) Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* p. 213.

(37) Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* p. 214. A este respecto conviene señalar que, pese a que efectivamente es así, parece que esto sería consecuencia de una extensión de este término desde el ámbito jurídico y moral al resto de los terrenos (relaciones causales), por lo que sigue más arraigada en el campo de las acciones humanas. En apoyo de esta visión estaría la etimología de la palabra «responsabilidad» que proviene del latín *respondere* (cfr. Javier MARTÍNEZ BAVIÈRE, *op. cit.,* p. 25).

consideración que Hart realiza, es que el empleo de la palabra responsabilidad en este sentido carece de toda carga valorativa (38).

3. *La responsabilidad como capacidad o estado mental.* A menudo se utiliza el concepto de responsabilidad para referirse a la plenitud de conciencia sobre los actos y sus consecuencias. Se da responsabilidad en este sentido cuando existe esa conciencia. Se consideran estados mentales el dolo, la negligencia. Cuando se emplea en este sentido, la referencia a la responsabilidad no tiene que referirse a un hecho censurable, sino que puede utilizarse como juicio *a priori* o *a posteriori* sobre las capacidades generales del individuo.

4. *La responsabilidad como sancionabilidad.* Es la referente al significado de responsabilidad como imputabilidad legal propiamente dicha, la que deriva del acto ilícito. En cuanto a la explicación de este sentido de la responsabilidad en Hart, me remito a lo dicho anteriormente. No obstante, creo conveniente hacer dos observaciones respecto a este significado de responsabilidad.

Resulta evidente que esta utilización del concepto de responsabilidad es la más jurídica de todas las que Hart señala, al tiempo que es el más complejo de los cuatro, ya que generalmente requiere la constatación, como mínimo, de dos de los otros tres. Esto se debe a que por lo general, los ordenamientos jurídicos para imponer una sanción requieren que el individuo sea responsable en cuanto a capacidad y que, cuando menos, o bien lo sea como factor causal o bien tenga la obligación de responder en función de un papel o deber que le asigne el sistema jurídico (39).

Como se habrá deducido, en principio, sólo el cuarto sentido de responsabilidad tiene un claro significado jurídico o moral, dependiendo del ordenamiento en el que nos encontremos. Mientras que los demás pueden tener relevancia jurídica, pero sólo en tanto condiciones cuya verificación es necesaria para la aparición del cuarto sentido de responsabilidad. Pero esta visión, que en cierta medida presenta Hart, no tiene por qué ser exactamente así. Es decir, el que la responsabilidad como rol, la responsabilidad como capacidad y la responsabilidad como causalidad no tengan que tener un significado jurídico no implica que, en determinadas situaciones, no pueda darse una identidad tal entre alguna de ellas y la responsabilidad como sancionabilidad que haga que sean su único contenido, y, por tanto, sí tengan un significado jurídico. Una interpretación de este modo permitiría identificar los distintos tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento con los diferentes significados de responsabilidad detectados por Hart.

De los cuatro tipos de responsabilidad detectados por Hart, el único que siempre ha de aparecer en el ámbito jurídico es el de la responsabilidad como capacidad, en su vertiente de no ser un menor, un enfermo mental, en definitiva, de no ser un incapaz, que es lo que en el derecho continental se estudia como la

---

(38) Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* pp. 214 y 215. Respecto a esta cuestión, en relación con lo antes visto, en mi opinión no es correcta esta observación de Hart, ya que la utilización del concepto de responsabilidad conlleva una cierta carga valorativa, generalmente negativa. Contenido éste que con toda probabilidad deriva de la importación del uso de este concepto desde el mundo jurídico. Así, pese a la irracionalidad que pueda parecer, cuando se afirma que «la tormenta fue responsable de la pérdida de la cosecha» se está expresando un juicio de valor negativo sobre el hecho.

(39) Cfr. Carlos S. NINO, *op. cit.,* p. 187; y Javier MARTÍNEZ BAVIÈRE, *op. cit.,* pp. 31y 32.

imputabilidad (40). Dicho esto, hay que ver como encajan los tipos de responsabilidad del ordenamiento en los significados que Hart detecta.

Empezando por la responsabilidad subjetiva directa, ésta, tanto en su vertiente penal como en la civil, es la más completa y encaja en el cuarto significado. Para su aparición, además de que concurra la imputabilidad *(capacity-responsibility)* del sujeto en cuestión, es necesario que se verifique la responsabilidad como causalidad, la concurrencia de unos factores psicológicos de responsabilidad (culpabilidad) y que exista una disposición legal que haga responder.

La responsabilidad indirecta, en cambio, prescinde de la relación de causalidad, ya que el sujeto responsable no es el que ha realizado el acto que da lugar a la responsabilidad, así pues, junto a la capacidad sólo se requiere la existencia de alguna razón para hacerle responder. Ésta viene dada en virtud de una norma que establezca que el sujeto en cuestión, por su papel en la sociedad, su relación con el agente del acto ilícito, etc., es quien tiene que responder. Así pues, sería un caso de responsabilidad como rol.

Por su parte la responsabilidad objetiva sólo necesita la verificación de una relación de causalidad entre el acto y el daño, así pues, ni que decir tiene, que se corresponde con la responsabilidad como relación causal, al tiempo que, el hecho de que esta responsabilidad se establezca por una norma legal permite que pueda ser configurada, también, como una responsabilidad como rol.

De esta forma, parece que se encuentra una solución, ya que podemos definir un concepto de responsabilidad para cada grupo. No obstante, esta visión de la responsabilidad tiene dos problemas. El primero es que, al final, los otros significados de «responsabilidad» siguen actuando como condiciones, exclusivas o no, para la verificación de la responsabilidad como sancionabilidad. Y, en segundo lugar, este concepto, en Hart, tiene el problema de su neutralidad, de modo que parece renunciarse a que la responsabilidad realice cualquier tipo de juicio de valor sobre la conducta del individuo. De lo que se sigue, como señalé al referirme al concepto «ecléctico» de responsabilidad, que se difumina el significado de «responsabilidad» como institución jurídica, dado que parece conducir a la conclusión de que la responsabilidad es algo prácticamente igual a comprar el derecho a contaminar o a pagar impuestos.

Pero Hart no es el único que ha intentado buscar una solución al problema de la responsabilidad jurídica mediante la disgregación de los significados. En este sentido Ross también ha aportado una interesantísima visión del concepto de responsabilidad.

---

(40) No parece que Hart incluya en este significado de responsabilidad los elementos psicológicos como el dolo y la culpa –la culpabilidad– que, en cambio, sí son recogidos entre los criterios de constatación de la responsabilidad en el cuarto sentido –*liability-responsibility*—, de modo que la responsabilidad como capacidad sólo parece hacer referencia a las condiciones de capacidad mental para ser considerado responsable –la imputabilidad– (cfr. H. L. A. HART, *op. cit.,* pp. 218-220 y 227-230). Éste es el motivo por el que afirmo que siempre ha de estar presente este significado de responsabilidad. Si, por el contrario, se sostuviese la doble vertiente de la *capacity-responsibility*, es decir, que la responsabilidad como capacidad abarca tanto a la imputabilidad como a la culpabilidad, habría que afirmar que sólo se necesitaría siempre una parte de la misma, la imputabilidad, mientras que la exigencia de la concurrencia de la otra parte, la intencionalidad o culpabilidad, dependería del tipo de responsabilidad ante el que se estuviera, siendo necesaria sólo en los casos de responsabilidad subjetiva.

### 1.2.2 *El concepto de responsabilidad en Ross. La responsabilidad como concepto «tû-tû»*

Para Ross, lo primero que hay que hacer a la hora de afrontar el problema de la responsabilidad es aclarar qué significa este concepto, y luego ver qué condiciones se necesitan, etc. Cosa que según este autor no ha hecho la mayoría de la doctrina, que se ha centrado más en lo último que en lo primero (41).

Lo primero que ha de tenerse en cuenta a la hora de afrontar la teoría de la responsabilidad de Ross es que, este autor, realiza su búsqueda del concepto de responsabilidad a la luz de su teoría de los conceptos institucionales, orgánicos o sistemáticos, también llamados conceptos «tû-tû» (42). Para Ross, el término «responsabilidad» esconde dos significados distintos del mismo (43) que varían según la construcción del enunciado. Así, «ser responsable de» tiene dos sentidos: el primero es «tener la responsabilidad de», que no es otra cosa que ser responsable de rendir cuentas (44); el segundo es «ser responsable de» en sentido estricto, es decir, «poder ser condenado o ser susceptible de padecer la imputación de la responsabilidad de condena» (45).

La primera de ellas tiene un claro parecido con la *role-responsibility* de Hart, ya que consiste en que, en virtud de un ordenamiento dado, un sujeto determinado puede ser requerido a dar explicación, a «rendir cuentas», a responder de unos determinados hechos ante una determinada instancia, que puede ser un tribunal, el parlamento, un superior, etc. (46). Generalmente, esta responsabilidad concurre en referencia a actos propios, pero en ocasiones también se es susceptible de tener que rendir cuentas por actos de otros. En cuyo caso si el responsable de rendir cuentas lo es también de condena se produce un caso de responsabilidad indirecta (47). Para Ross la «responsabilidad indirecta existe en el Derecho siempre que sea necesaria una fuerte prevención y se funda, especialmente, sobre la dificultad de prueba» (48).

Pero el sentido de responsabilidad que en este trabajo interesa es el segundo de los que Ross detecta; la «responsabilidad de condena». La aparición de la responsabilidad de condena presupone la «responsabilidad de rendir cuentas», de modo que

---

(41) Cfr. Alf Ross, *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 33 (Orig: *Skyld, ansvar og straf*, Berlingske Forlag, Kobenhavn, 1970).

(42) Esta teoría afirma que existen determinados conceptos que pese a carecer de referente semántico tiene un sentido o un significado, no en sí mismos, sino cuando son utilizados en una determinada proposición. Así, su significado dependerá de la construcción de la frase en la que se inserten y del contexto en la que ésta se produzca. Su función es la de sistematizar y simplificar el lenguaje de forma que expresan el conjunto de relaciones entre una serie de situaciones fácticas y unas determinadas consecuencias jurídicas.

El curioso sobrenombre con el que son conocidos los conceptos institucionales, conceptos «tû-tû», proviene del título del artículo con el que este autor dio a conocer su teoría, al cual me remito para todo lo concerniente a estos conceptos, que es: Alf Ross, *«Tû-Tû»*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976 (Orig: "Tû-Tû", en *Festskrift til Henry Ussing*, Borum and Illum, 1951).

(43) Cfr. Alf Ross, *Colpa...*, cit., pp. 34 y 35.

(44) Alf Ross, *Colpa...*, cit., p. 36.

(45) Alf Ross, *Colpa...*, cit., p. 35.

(46) Cfr. Alf Ross, *Colpa...*, cit., p. 34.

(47) Cfr. Alf Ross, *Colpa...*, cit., p. 36.

(48) Alf Ross, *Colpa...*, cit., p. 37.

sólo se puede condenar justamente a un individuo si puede exigírsele que responda de la infracción en cuestión, cuando se realizan todas las condiciones subjetivas y objetivas para que sea condenado (49). Estas condiciones no se dan en un sentido abstracto, sino que son exigidas en referencia a un Ordenamiento en concreto. Así, decir que un hecho es justo, en este caso la condena, no conlleva ningún juicio de valor, sino que «significa decir que, según las normas de un Ordenamiento, la acción en cuestión está permitida o impuesta por un deber» (50). De este modo, la responsabilidad de condena se presenta como la afirmación de que, verificados ciertos hechos, corresponde imponer determinada sanción. Es precisamente «esta relación entre hechos condicionantes y efectos jurídicos condicionados lo que la afirmación de la responsabilidad está indicando» (51), siendo una relación jurídica y no natural.

Esta relación puede cumplir las dos funciones del lenguaje; la descriptiva o indicativa, o la prescriptiva, dependiendo de las circunstancias (52). No obstante, con independencia de la función que desarrolle el enunciado en el que se utilice el concepto de responsabilidad, en ambos casos se está manifestando la relación entre la culpa y la pena (53). Relación que se manifiesta, tanto apareciendo la responsabilidad como la consecuencia de la verificación de las condiciones necesarias «A es responsable de X porque realizó tales actos», como si aparece a modo de condición de la imposición de la pena, «A es condenado a 20 por ser responsable de X». En definitiva, como señala Ross, «se puede decir que A es responsable de la muerte de la vieja señora porque vertió estricnina en su café; y, pues es responsable de su muerte, debe ser condenado» (54).

Para Ross, esta multiplicidad de significados y funciones del concepto de responsabilidad sólo es explicable entendiendo que nos encontramos ante un concepto «tû-tû». Es decir, ante un término o concepto que expresa un «momento» que tiene la función de ligar unas condiciones a unas consecuencias. Como resulta obvio, este momento no existe sino que «todo lo que existe es la relación jurídica entre hechos y consecuencias» (55). Ross concluye señalando que esto no significa que la responsabilidad carezca de sentido y que su afirmación sea una ilusión, sino que, como concepto orgánico que es, tiene su referencia semántica, no en sí mismo, sino en el enunciado en el que aparece (56).

---

(49) Cfr. Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 41.

(50) Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 41.

(51) Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 42.

(52) Si un abogado al que se consulta, tras el estudio del caso en cuestión dice que en aplicación del artículo 138 CP un sujeto va a ser encontrado responsable de homicidio y condenado a una pena de entre diez y quince años de prisión, está utilizando el concepto de responsabilidad de forma descriptiva. En cambio, si es el Ministerio Fiscal el que durante la vista oral hace valer el mismo argumento, aquí se estará poniendo de manifiesto la función prescriptiva de dicha relación (cfr. Alf Ross, *Colpa*..., cit., pp. 42 y 43).

(53) Cfr. Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 43.

(54) Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 44.

(55) Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 45.

(56) En esta línea Ross concluye la explicación de la responsabilidad como concepto orgánico diciendo: «Il fatto che la responsabilità sia senza referenti semantici, non significa che affermazioni di responsabilità siano illusorie, nel senso che sono prive di oggetto. La loro funzione è di esprimere il rapporto tra colpa e pena, tra i fatti condizionanti e le conseguenze condizionate. Possono, a seconda dei casi, essere adoperate in modo che l´attenzione, di preferenza, si rivolga verso i fatti condizionanti cioè la colpa, o verso le conseguenza, cioè la richiesta della pena.» (Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 45).

Aunque Ross no llega tan lejos (57), he escogido esta teoría porque representa un buen punto de partida para buscar un «concepto disgregado» de responsabilidad que permita acoger todas las manifestaciones de ella. Ello es posible gracias a la teoría de los conceptos orgánicos. Si se admite que lo que expresa la responsabilidad es una relación entre unos hechos, es decir, un supuesto fáctico, y una consecuencia jurídica no hay ningún problema para admitir cualquier relación que cumpla estos requisitos, con independencia de las condiciones. Así, el que la responsabilidad penal requiera la constatación de la culpabilidad pierde su importancia definitoria respecto al concepto genérico de responsabilidad, ya que ésta pertenecerá al estudio de los requisitos que cada ordenamiento jurídico considere que han de darse para que se verifique la responsabilidad y aparezca la sanción o la obligación de reparar.

No obstante, esta solución tampoco resulta excesivamente satisfactoria pues parece llevar a la dilución del concepto de responsabilidad en la mera existencia de una relación entre condiciones y consecuencias, lo que asemejaría mucho a la responsabilidad a otros tipos de relación jurídica como son el deber de pagar impuestos, la matrícula de la Universidad, etc.

Como se habrá visto, los dos intentos disgregadores del concepto de responsabilidad funcionan llevando a una solución muy parecida a la que abocaba el «concepto ecléctico» de la responsabilidad.

## 2. **Una alternativa**

Las líneas anteriores parecen llevarnos a la conclusión de que hay que renunciar al intento de buscar un concepto de responsabilidad único, bajo el que entren todas las manifestaciones que conocemos de esta institución. Ésta es la conclusión a la que llega Martínez Bavière cuando afirma que «el significado de responsabilidad será en cada contexto, el de las expresiones que sustituye, y éstas son lo suficientemente diversas como para que hablar de un concepto de responsabilidad se torne absurdo. La única definición precisa de cada sentido de "responsabilidad" no es otra que la expresión completa de la norma o normas que se describen [...] lo que sí puede hacer la doctrina es agrupar los diferentes tipos de normas que dan lugar a responsabilidad, tomando de ellas características relevantes de las que resulte la creación dogmática de sistemas de responsabilidad a los que se puede dar una denominación. No es legítimo, sin embargo, creer que con esto se ha creado un concepto distinto e independiente de las normas concretas de las que se han extraído los diferentes conceptos que se sistematizan» (58). Términos éstos por otra parte, muy similares a los que utiliza Larrañaga en las conclusiones de su estudio sobre la responsabilidad (59).

---

(57) En este sentido a lo largo de las explicaciones de Ross son diversos los momentos en los que vincula la responsabilidad a un juicio moral, dedicándole, incluso un epígrafe (cfr. Alf Ross, *Colpa...*, cit., entre otras pp. 29, 31, 42 y 48 y ss).

(58) Javier Martínez Bavière, *op. cit.,* pp. 52 y 53.

(59) En este sentido, Larrañaga distingue tres sentidos del concepto de responsabilidad: la responsabilidad como regla de conducta, como sistema de criterios de imputación de la sanción y como juicio de responsabilidad (cfr. Pablo de Larrañaga Monjaraz, *op. cit.,* pp. 381 y ss.). En las líneas que siguen me voy a centrar, fundamentalmente, en el juicio de responsabilidad. Si bien es cierto que éste hace referencia a los otros dos significados citados.

De esta situación se desprende que la tarea más importante a la que se enfrentaría la dogmática jurídica es la de justificar caso por caso los sistemas de responsabilidad. Es decir, que lo único que esta disciplina podría aspirar a hacer, en relación a este concepto, es a definir los distintos sistemas de responsabilidad que existen y, una vez acotados, fundamentarlos, sin pretender ir más allá.

Sin lugar a dudas, esta conclusión es en cierto punto acertada y sobre todo es la más pragmática al renunciar a una búsqueda «estéril» y aceptar la situación actual, centrándose en la clara delimitación y definición de cada uno de los «sistemas» de responsabilidad detectados en el Derecho positivo. Pero a mi juicio ésta no es la única conclusión válida a la que se puede llegar y existe otra posibilidad. Todo depende de la perspectiva desde la que se afronte la cuestión.

Creo que existen dos posibles formas de enfrentar el problema del concepto jurídico de responsabilidad. Las dos parten del esquema seguido en este trabajo, es decir, de la reconstrucción del concepto de responsabilidad a partir del análisis de las distintas manifestaciones del mismo que se observan en el Derecho positivo. La diferencia estriba en el siguiente paso: mientras una acepta todas estas manifestaciones como auténticos supuestos de responsabilidad e intenta que el concepto acoja a todas, la segunda vía busca el significado principal en el carácter normativo del concepto de responsabilidad y, posteriormente, analiza si todos los supuestos que en el ordenamiento se dan realmente se corresponden o no con este concepto.

Los intentos, hasta el momento efectuados, se han hecho bajo la primera perspectiva y las conclusiones a las que se ha llegado son las lógicas de seguir dicho camino. Pero ¿qué ocurre si reconstruimos el concepto jurídico de responsabilidad de la segunda forma? Eso es lo que voy a tratar de mostrar en las líneas que siguen.

Pero antes voy a realizar dos consideraciones preliminares. La primera es que esta búsqueda no supone retomar las creencias iusnaturalistas de la existencia de un Derecho en sí mismo y, por tanto, de la existencia de una esencia de los elementos que lo componen. No, el punto de partida de este camino es el mismo que hasta el momento hemos visto. Es decir, la responsabilidad, como concepto jurídico, sólo tiene sentido dentro de un ordenamiento dado.

También se asume como punto de partida el que el concepto de responsabilidad sea un concepto orgánico o «tû-tû», ya que esto no significa que pueda ser cualquier cosa. Es decir, la asunción de la teoría de los conceptos «tû-tû» no quiere decir que no signifiquen nada, o que puedan significar cualquier cosa, sino que lo que pone de manifiesto es algo distinto: que los conceptos jurídicos sólo tienen sentido y posibilidad de definición de forma intranormativa, dentro de un ordenamiento determinado, así como que la naturaleza de las definiciones jurídicas sólo puede ser establecida de forma indirecta, o lo que es lo mismo, mediante la comprobación de en qué condiciones de verificación es verdad un enunciado –en este caso de responsabilidad– en relación, con un determinado sistema normativo (60). De lo contrario, es decir, si se asumiera que un concepto orgánico puede significar cualquier cosa, cualquier relación entre unos hechos y una consecuencia jurídica, se estaría admitiendo que bajo el concepto «propiedad» podríamos com-

(60) Esto es, precisamente, lo que trata Ernesto Garzón en: Ernesto GARZÓN VALDÉS, «El enunciado de responsabilidad», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, Universidad de Alicante, Alicante, 1996. Trabajo al que me remito para lo referente a esta cuestión.

prender la relación típica del arrendamiento, de la responsabilidad, etc. O bajo el de «responsabilidad» el deber de pagar impuestos o un precio público. Situación ésta que llevaría al absurdo y haría perder a estos conceptos todo su sentido; por muy orgánicos que sean los conceptos jurídicos, tienden a sistematizar una serie de relaciones jurídicas que tienen una identidad entre ellas, según las configure un determinado ordenamiento jurídico. Así pues, este intento de reconstrucción parte del reconocimiento del hecho de la existencia de diferentes significados del término «responsabilidad», sea en el sentido de Hart, en el de Ross o en el de Larrañaga (61). Por tanto, de lo que se trata es de hallar, entre todos los sentidos con los que se emplea este término en el ámbito jurídico, el significado o tipo principal del concepto de responsabilidad.

De lo visto hasta el momento, cabe deducir que esta búsqueda ha de centrarse en el concepto de responsabilidad que, en terminología de Larrañaga, expresa un juicio de responsabilidad (62), fundamentalmente por dos motivos. El primero es que, si se observa la utilización habitual del término responsabilidad, así como la que parece abarcar a más ámbitos jurídicos y no jurídicos –moral, política, etc.– se llega a la conclusión que el concepto de responsabilidad suele ir unido a la realización de algún juicio de valor sobre una conducta o actuación de un sujeto determinado.

En segundo lugar, la elección de este significado, se justifica en que, continuando con la terminología de Larrañaga, tanto las normas de conducta como los sistemas de responsabilidad, con sus reglas de responsabilidad, sólo tienen sentido en función de la realización de los juicios de responsabilidad, dado que éstos son fruto de la subsunción de una conducta en unas normas determinadas que integran un sistema de responsabilidad en el seno del cual se realiza el juicio de responsabilidad (63). Por tanto, puede suponerse que el resto de las construcciones tienen como finalidad regular y posibilitar dichos juicios de responsabilidad.

Por todo ello se comprenderá que, en las líneas que siguen, me centre en el concepto de responsabilidad como expresión de un juicio de responsabilidad, es decir que indague acerca de qué significa un enunciado como «A es responsable de homicidio».

La «responsabilidad», en cuanto a enunciado o juicio de responsabilidad, es un concepto típicamente normativo, común al lenguaje moral y al lenguaje jurídico, que designa la condición de quien es objeto apropiado de un reproche moral o jurídico (64). Es decir, la imputación de responsabilidad actúa como criterio de atribución de un reproche. Cuando este concepto se utiliza en el ordenamiento jurídico mantiene una estructura casi idéntica a la que presenta en el lenguaje moral. Esta afirmación no se sustenta solamente en las observaciones de Ross sobre las similitudes de las mismas (65), sino que tiene su base en el mecanismo por el que se origina, al menos en las primeras manifestaciones.

---

(61) *Vid. supra* nota núm. 59.

(62) Cfr. Pablo DE LARRAÑAGA MONJARAZ, *op. cit.,* pp. 381 y 382.

(63) Cfr. Pablo DE LARRAÑAGA MONJARAZ, *op. cit.,* pp. 388-391.

(64) Cfr. Guido PINCIONE, «Responsabilidad», en Ernesto GARZÓN VALDÉS Y FRANCISCO J. LAPORTA (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, p. 343.

(65) Cfr. Alf ROSS, *Colpa*..., cit., entre otras pp. 48 y ss.

Para que pueda efectuarse un juicio de responsabilidad ha de producirse la infracción de una norma. De esta forma, se ponen de relieve dos elementos importantes. El primero es el carácter normativo del concepto de responsabilidad que sólo tiene sentido dentro de un ordenamiento concreto. El segundo es que la existencia de una norma es un presupuesto básico. En este sentido se manifiesta Ross, cuando afirma que «parece claro que la condición fundamental es que haya sido violada una norma, que se haya cometido una infracción o un crimen» (66).

Antes de continuar, hay que señalar que el propio ordenamiento ha de establecer que la infracción de dicha norma es susceptible de ser sancionada, o que conlleva determinada consecuencia jurídica (67). De este modo, se establece una regla de responsabilidad, una norma de conducta que es necesaria para la aparición de un juicio de responsabilidad (68). Así pues, el juicio de responsabilidad actúa como reacción ante la infracción del Ordenamiento, de modo que cuando se afirma la responsabilidad de un determinado sujeto respecto a determinada infracción normativa se le está imputando bien la infracción en sí misma, bien las consecuencias de la misma. Estableciéndose o verificándose el criterio necesario para que se le imponga la consecuencia jurídica, la sanción, que puede ser una pena –sanción pura en términos kelsenianos– o la obligación de reparar los daños causados, como ocurre en la responsabilidad civil.

Esta reacción es un enunciado de imputación, de atribución de responsabilidad, lo que para Garzón supone el establecimiento de una relación causal de contenido valorativo negativo entre el autor y la infracción y su consecuencia (69). La imputación de responsabilidad supone la realización de un reproche respecto a la conducta del sujeto infractor que se manifiesta en la consecuencia jurídica. Por lo que su contenido reprobatorio parece estar incluido en su propio sentido.

El Ordenamiento prescribe conductas (positivas y negativas) cuya infracción es el presupuesto de partida del juicio de responsabilidad. Si el Derecho no considera deseable la conducta constitutiva de infracción, hasta el punto de enlazar una sanción, es porque efectúa un juicio de valor negativo sobre la conducta en cuestión, lo que significa una desaprobación; lo que con mayor o menor intensidad implica un reproche. O dicho de otro modo: «Sería absurdo decir condeno este acto, mas no lo desapruebo y tampoco pretendo que otro lo desapruebe» (70). Este carácter de imputación de un reproche jurídico que, según se ha visto, tiene la responsabilidad ha de basarse en la idea de agente moral del autor (71), es decir, susceptible de ser reprochado. Esto nos introduce en otro elemento fundamental de los juicios de responsabilidad, como son las condiciones subjetivas de responsabilidad, o lo que Hart llamaría los criterios de responsabilidad.

El concepto de agente moral se basa en la posibilidad de realizar un juicio de valor sobre los actos de un sujeto, el agente, que por consiguiente puede ser repro-

---

(66) Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 29.

(67) A esto es a lo que Kelsen calificaría propiamente como norma, pero he preferido emplear este término en el sentido hoy día más admitido, que es el de un deber de conducta o la prohibición de la misma.

(68) Cfr. Pablo de Larrañaga Monjaraz, *op. cit.,* pp. 382 y ss.

(69) Cfr. Ernesto Garzón Valdés, *op. cit.,* p. 260.

(70) Alf Ross, *Colpa*..., cit., pp. 49 y 50.

(71) Cfr. Ernesto Garzón Valdés, *op. cit.,* p. 260 y 261.

chado por la realización del mismo. Como resulta lógico las condiciones de reprochabilidad dependen del contexto normativo en el que nos desenvolvamos, que será el que establezca qué actos de un agente moral son susceptibles de ser valorados y, en su caso, que esta valoración sea negativa.

Dejando a un lado la cuestión de la autoría, es decir, el que el acto lo haya realizado el agente, pues parece evidente que carece de toda lógica reprochar a un individuo un acto que no ha realizado y en el que no ha participado ni de forma indirecta, tradicionalmente se viene requiriendo que los actos hayan sido cometidos en determinado estado mental. Estado que se divide en dos aspectos: la capacidad general del individuo para conocer el significado de sus actos y el conocimiento en el caso concreto (72).

Respecto al primero, se exige que el individuo sea capaz de conocer el significado de sus actos. Es decir, que disfrute de una salud mental que le permita distinguir el bien del mal, lo jurídico de lo antijurídico, lo permitido o debido de lo prohibido. Realmente éste, más que un criterio para la imputación de un reproche a un agente moral, es un requisito para considerar al sujeto como tal. Esto es: *como sujeto cuyos actos son susceptibles de valoración y eventualmente de reproche.*

El segundo aspecto es el relativo a la consciencia sobre el acto en sí mismo. Desde Aristóteles se ha considerado que la voluntariedad del acto era el presupuesto necesario para la formulación de un juicio de responsabilidad. Lo que es lo mismo, realizar voluntariamente un acto es el requisito fundamental para que éste sea valorado y, en su caso, se justifique un reproche a la conducta de la gente. Dentro de los actos voluntarios tienen una gran relevancia los actos intencionales, que son aquellos que se ejecutan tras una deliberación (73). La consideración de que los actos pueden ser voluntarios y sobre todo que, cuando se producen tras una deliberación son intencionales, conlleva implícita la afirmación de la existencia de libertad de actuación del ser humano. Esta visión ha sido muy criticada por los deterministas que consideran que esta capacidad de elección no existe.

Dado que esta polémica no es el objeto del presente trabajo, acerca de ella me remito a lo dicho antes (74). Por ello, aquí sólo señalaré que la cuestión no versa sobre la demostrabilidad de la libertad de voluntad dado que no nos encontramos en el mundo de las ciencias empíricas, sino en el de las ciencias sociales, siendo la normatividad y la imputación los criterios que rigen en este terreno. Así, la libertad de los individuos en relación con los comportamientos jurídicamente relevantes no es una cuestión de prueba sino de imputación, de consideración, igual que lo son otros valores como la igualdad, o la dignidad de la persona, de la que precisamente la libertad se deriva (75).

Una vez visto todo lo anterior cabría entonces proponer una definición del concepto de responsabilidad según esta forma de reconstruirlo. De este modo, se entendería que: *la «responsabilidad» es la reacción del Derecho ante la infracción*

---

(72) Se corresponden con lo que en la doctrina continental conocemos como imputabilidad y culpabilidad respectivamente, y que en el *common law* reciben la denominación común de *mens rea* (cfr. Alf ROSS, *Colpa*..., cit., p. 31).

(73) Cfr. Ernesto GARZÓN VALDÉS, *op. cit.,* p. 261. Sobre la voluntariedad y la intencionalidad en la responsabilidad *vid.* Guido PINCIONE, *op. cit.,* pp. 343 y ss.

(74) *Vid. supra* apartado II.1 *(Responsabilidad penal).*

(75) Cfr. Ernesto GARZÓN VALDÉS, *op. cit.,* pp. 261 y 273 y ss.

*de una de sus normas, por parte del comportamiento de un agente moral destinatario de las mismas, consistente en la realización de un reproche que se manifiesta en la consecuencia jurídica enlazada con dicha violación normativa.*

Creo que habré logrado demostrar que este concepto de responsabilidad es el más respetuoso con el origen y con lo que por tal entienden la mayoría de las normas y sistemas de responsabilidad de nuestro Ordenamiento. Ahora es el momento de compararlo con las distintas manifestaciones de la responsabilidad detectadas.

*a) Responsabilidad penal.* Sin lugar a dudas ésta es la que mejor encaja con el concepto dado. El inconveniente puede venir del contenido de reproche de la definición empleada, en relación con las tesis, cada vez más dominantes, que ven en la prevención la función de la pena. No obstante, creo que estas tesis no resultan obstáculo ya que, como señala Ross: «La retribución y la prevención no son antitéticas. La retribución –el reproche– es una reacción emotiva y hostil que de por sí funciona como una pena, por lo que es directiva, preventiva» (76).

*b) Responsabilidad civil subjetiva.* En estos supuestos la adecuación empieza a no estar tan clara, dada la concepción, que se ha visto que la doctrina y la jurisprudencia tienen de esta manifestación de la responsabilidad. Sin embargo, como señalé en su momento, las normas que regulan la responsabilidad civil subjetiva, parten de la existencia de una infracción –bien sea de una obligación contractual, bien del genérico deber *neminem laedere*–, así pues, tiene un carácter de refuerzo y de prevención ante un acto o consecuencia desaprobado por el ordenamiento jurídico. En cuanto al reproche, me remito a lo dicho al tratar la responsabilidad civil subjetiva (77). Por todo ello puede señalarse que la responsabilidad civil subjetiva también se corresponde con este concepto de responsabilidad.

*c) Responsabilidad civil objetiva.* Esta es la única «manifestación» de la responsabilidad que no encaja. Pero no ha de resultar sorprendente, ni tiene que producir decepción, ya que, como señalé en su momento, todo parece apuntar a que no se trata de un auténtico supuesto de responsabilidad (78). Es decir, que es una derivación analógica del uso del concepto de responsabilidad desde su significado principal.

Esta manifestación no parte de la infracción, por tanto, no refuerza ningún deber de conducta, se limita a establecer una redistribución de los daños que pueden surgir de la concreción de los riesgos de determinadas actividades. El daño es el único elemento común de este tipo de responsabilidad con la responsabilidad civil subjetiva, no resultando suficiente esto para poder equipararlas ya que, mientras en la responsabilidad civil subjetiva el daño se indemniza porque se considera injusto, proveniente de una infracción, en la responsabilidad objetiva no se valora la justicia o injusticia de la lesión, sino que simplemente la indemnización responde a un criterio eficientista o redistributivo de la carga, de los costes, que nada tiene que ver con la realización de un juicio de valor. Por tanto, no hay mayores

---

(76) Alf Ross, *Colpa*..., cit., p. 54. En la siguiente página Ross refuerza su argumento diciendo: «Perché non può essere dubbio che la certezza che essa sidifenderà, abbiano un effetto intimidatorio rispeto alle intenzioni aggressive altrui».

(77) *Vid. supra* apartado II.2 *(Responsabilidad civil subjetiva).*

(78) *Vid. supra* apartado II.3 *(Responsabilidad civil* objetiva*).*

problemas para considerar que, aunque la denominación haga referencia a la responsabilidad, realmente se trata de una obligación de reparar legalmente impuesta.

En definitiva, parece que existe otro camino para llegar a la reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad, que nos permite hallar uno –un concepto– que se muestra respetuoso con lo que en su origen significaba el término «responsabilidad» y que encaja con la mayoría de los tipos de responsabilidad que se dan en el Ordenamiento. Motivos por los cuales, podría ser considerado como el significado principal del concepto jurídico de responsabilidad. Su inconveniente es que deja fuera a la responsabilidad objetiva. Pero esta exclusión no responde a un defecto del concepto, sino al hecho de que, por distintos motivos históricos, se ha dado en llamar responsabilidad a una relación entre situación de hecho y consecuencias jurídicas que nada, o muy poco, tiene que ver con la responsabilidad.

Con todo esto no pretendo abogar por el cambio de denominación de la responsabilidad objetiva por otra –como parece propugnar Martín-Granizo (79)–. Eso, además de ilusorio, sería absurdo y un desperdicio de energías, tiempo y recursos –aunque sí vendría bien que no se continuara profundizando en el error– sino que mi propuesta es que se definan muy bien los límites de una y otra cosa, de cada «tipo de responsabilidad» que aparece en el Derecho –en este punto mi propuesta es muy similar a la de Martínez Bavière (80)– . Pero no con la intención de consagrar dos sistemas de responsabilidad, uno respecto a normas de conducta y otro respecto a la repercusión de daños –es aquí donde difieren nuestras conclusiones– (81) sino con la finalidad de que quede claramente delimitado cuál es el sentido principal del concepto jurídico responsabilidad y cuáles, aunque se llamen así, no son más que derivaciones analógicas del tipo principal, al parecerse más a las obligaciones tributarias, o la compra del derecho a contaminar, que a normas de conducta sobre las que se realizan juicios de responsabilidad.

Esta diferenciación entre el significado principal del concepto jurídico responsabilidad y el resto de los significados analógicamente derivados del primero pone de manifiesto una cuestión importante. Ésta no es otra que la conexión entre estos significados, y más concretamente, entre el principal –al que de ahora en adelante me referiré como «responsabilidad»– y al que hace referencia la «responsabilidad objetiva». En definitiva, de lo que se trata es de saber ¿por qué existen dos significados distintos?, y si existe alguna relación entre ambos que justifique la denominación común ¿en qué consiste esa relación?

Parece evidente que entre la responsabilidad y la responsabilidad objetiva ha de existir alguna relación, es decir, que no nos encontramos ante el mismo supuesto que entre «casa» como edificio y «casa» del verbo casar. Así pues, habrá de existir algún elemento que establezca una conexión entre ambos y nos permita suponer por qué del concepto jurídico de responsabilidad se derivó la responsabilidad objetiva. Dado que en la actualidad la responsabilidad objetiva sólo existe como manifestación de la responsabilidad civil (82), parece que lo más adecuado será

---

(79) *Vid.* Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.,* pp. 76 y ss.

(80) Cfr. Javier MARTÍNEZ BAVIÈRE, *op. cit.,* pp. 56 y 57.

(81) Cfr. *Ibidem.*

(82) Cuando el Estado responde por los daños causados por el funcionamiento de las Administraciones públicas, no se habla de responsabilidad administrativa, sino de responsabilidad *civil* del Estado.

centrarse en el ámbito de la responsabilidad civil; intentando buscar el elemento de conexión mediante la comparación de las dos manifestaciones de la responsabilidad civil, la subjetiva y la objetiva.

Si se vuelve sobre las páginas anteriores, se comprobará que nos encontramos ante dos sistemas muy distintos que parecen no tener muchos elementos en común. Así, la responsabilidad civil subjetiva es la reacción del Ordenamiento ante la producción de un daño consecuencia de la infracción de una norma de conducta impuesta por aquél, mientras que la responsabilidad civil objetiva, es el resultado de una evolución tendente a garantizar la reparación de los daños que se producen como consecuencia de la realización de determinadas actividades perfectamente lícitas que, siendo beneficiosas para la sociedad, aumentan el riesgo de producción de daños. De lo que se deduce, junto con todo lo expuesto en el apartado dedicado a la responsabilidad civil, que el único elemento, el único requisito que comparten es el daño. Es decir, tanto la responsabilidad civil subjetiva como la responsabilidad civil objetiva tienen como requisito indispensable, para su nacimiento, la exigencia de la producción de un daño.

Por consiguiente, parece que la idea de daño será el elemento de conexión que explique por qué se ha extendido el concepto de responsabilidad a los supuestos de responsabilidad civil objetiva. Aunque para ello, explicar el porqué de esta extensión, es necesario saber qué proceso se ha seguido. De modo, que no basta con reconocer un elemento común, sino que hay que intentar entender cómo, a través del daño, ha podido producirse la derivación de la responsabilidad desde su significado principal a los supuestos comprendidos por la responsabilidad objetiva.

Una posible respuesta a esta cuestión la podríamos encontrar con la ayuda de la teoría de los conceptos orgánicos de Ross. De forma que, la relación que tradicionalmente se ha venido estableciendo entre la responsabilidad, como consecuencia de una infracción, y la reparación del daño causado se haya arrastrado hasta que se ha producido una identificación entre el deber de reparar y el concepto de responsabilidad. Según esta teoría, el proceso habría sido algo similar a lo que sigue. De acuerdo con el significado principal de responsabilidad que en este trabajo se ha dado, el Derecho ante una determinada infracción reacciona con una imputación de responsabilidad, una de cuyas consecuencias es la obligación de reparar el daño causado por dicha infracción. De esta forma, siempre que un sujeto es considerado responsable se le obliga a reparar el daño, con independencia de la fórmula que se emplee. Así, se produce una identificación entre responsabilidad y reparación. Identificación que puede representarse de la siguiente manera:

1. Si A infringe (W, X, Y...) entonces es responsable (de W, X, Y...).
2.1 Si A es responsable de W, entonces tiene que reparar.
2.2 Si A, es responsable de X, entonces tienen que reparar.
2.3 Si A es responsable de Y, entonces tiene que reparar.

Y así sucesivamente en todos los casos que se corresponden con el significado principal de responsabilidad, de forma que se llegase a la siguiente proposición:

3. Si A es responsable, entonces tiene que reparar.

De este modo, puede decirse que la identificación entre la imputación de responsabilidad y la obligación de reparar tomó carta de naturaleza y se invirtió el razonamiento, de manera que se consideraba que «Si A repara es que es responsable» (83). Así, cuando comienza a implantarse la responsabilidad objetiva, al tener como objeto la obligación de reparar el daño causado –con independencia de la legalidad de la conducta que lo origina– se arrastra el concepto de responsabilidad y se entiende, aunque esto no tenga que ser así (84), que «Si el dueño repara entonces es que el dueño es responsable». El razonamiento es el siguiente:

1. Si se es responsable (p), entonces (→) se tiene que reparar (q).
2. A (el dueño, cazador, conductor, etc.) tiene que reparar (q).

---

3. Luego A (el dueño, cazador, conductor, etc.) es responsable (p).

De esta forma, el que ambos sistema de responsabilidad compartan la misma consecuencia puede ser la causa de la derivación del uso del concepto de responsabilidad, desde su significado principal, a los supuestos de responsabilidad objetiva, que como ya se señaló tienen un gran parecido con otras relaciones jurídicas, como la obligación de pagar impuestos.

## IV. **CONCLUSIONES**

Hasta aquí mi intento de reconstruir el concepto jurídico de responsabilidad. Siendo este el momento en el que ha de hacerse balance y ver si, a lo largo del trabajo, se ha conseguido dar respuesta a las preguntas planteadas al inicio de este estudio: ¿existe un único concepto jurídico de responsabilidad?, y ¿en qué consiste?

De todo lo planteado, parece que la respuesta a la primera de las cuestiones es negativa, al menos en estas líneas no he conseguido encontrar «el concepto jurídico de responsabilidad», sino que se ha constatado la existencia de varios significados de «responsabilidad» que la confieren un carácter ambiguo, que no sólo ha llevado al fracaso los intentos de definir un concepto unitario de responsabilidad que comprenda todas las instituciones que bajo este rótulo ha instaurado el Ordenamiento, sino que además, dadas las diferencias existentes entre estas instituciones la perspectiva de lograrlo es poco esperanzadora. Mas siendo esto cierto, no puede decirse que esta búsqueda haya sido baldía, ya que dentro de esta multiplicidad de significados, y pese a la vaguedad de alguno de sus aspectos diferenciadores, parece que se ha logrado vislumbrar, entre todos los sentidos jurídicos de

---

(83) Esta afirmación podría incurrir en un error lógico al ser la conclusión derivada de la afirmación del consecuente. Si se parte de la premisa de que «si se es responsable (p) entonces se repara (q)» la forma correcta de razonar es «A es responsable, luego A repara». Lo que se corresponde con un razonamiento lógico *modus ponens*. Pero resulta un error derivar que A es responsable del hecho de que repara, ya que la imputación de la responsabilidad es una condición suficiente pero no necesaria para tener que proceder a la reparación.

(84) *Vid.* nota anterior.

responsabilidad, cuál podría ser el significado principal del concepto jurídico de responsabilidad; qué sentido de responsabilidad parece ser el más acorde con los orígenes y usos más habituales del término «responsabilidad». En este sentido, cabría definir el concepto jurídico de responsabilidad como *un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado.* Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad. Consecuencia que siempre conlleva la obligación de reparar el daño.

Precisamente, según lo aquí visto, el daño sería el elemento que permitiría dar un poco de sentido al hecho de que bajo el concepto de responsabilidad se encontraran los supuestos comprendidos en el significado principal y aquéllos que dan lugar a la responsabilidad objetiva, que constituye un sistema de relaciones jurídicas más parecido a las obligaciones tributarias o de otra índole que las de responsabilidad.

En definitiva, esta visión del concepto jurídico de responsabilidad podría ser útil para aclarar las relaciones existentes entre los distintos sentidos con los que se utiliza en el Derecho el concepto «responsabilidad», al permitir identificar un significado principal del concepto jurídico de responsabilidad, a partir del que fueran derivándose los demás, bien por la extensión del uso del término responsabilidad, bien por su relación con el significado principal. Constituyéndose, por otro lado, en una explicación, creo que bastante razonable, de por qué se ha producido una extensión del uso del concepto de responsabilidad desde el «significado principal» dado en este trabajo, hasta una institución tan dispar como es la responsabilidad objetiva.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, Aranzadi, Pamplona, 1972.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto: «El enunciado de responsabilidad», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, Universidad de Alicante, Alicante, 1996, pp. 259-286.

HART, H. L. A.: *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1968. Segunda impresión, revisada, 1970.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio L.: «Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, fascículo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 561-570.

JAKOBS, Günther: «El principio de culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, trad. Manuel Cancio Melia, tomo XLV, fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 1051-1083. (Orig: «Das Hchuldprinzip», 1992).

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa S.A., México, D.F., 1991. (Orig: *Reine Rechtslhre*, Viena, 1960).

— *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2.ª edición, U.N.A.M, México, D.F., 1958. (Orig: *General theory of Law and State*, Harvard University Press, Harvard).

LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo de: *El concepto de responsabilidad en la Teoría de Derecho contemporánea*, tesis presentada para la colación del grado de doctor en Derecho realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Manuel Atienza, inédito, 1996.

MARTÍNEZ BAVIÈRE, Javier: *Concepto y fundamentos de la Responsabilidad Jurídica*, trabajo acádemico dirigido por el Prof. Dr. D. Liborio L. Hierro Sánchez-Pescador, inédito, 1997.

NINO, Carlos S.: *Introducción al análisis del Derecho*, 4.ª edición, Ariel, Barcelona, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Comentario del artículo 1902», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1971-2003.

PAZ-ARES, Cándido: «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del derecho)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIV, fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, pp. 601-707.

PINCIONE, Guido: «Responsabilidad», en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, pp. 343-353.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21.ª edición, Espasa, Madrid, 1992.

ROSS, Alf: *«Tû-Tû»*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976. (Orig: «Tû-Tû», en *Festskrift til Henry Ussing*, Borum and Illum, 1951).

— *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milán, 1972. (Orig: *Skyld, ansvar og straf*, Berlingske Forlag, Kobenhavn, 1970).

ROXIN, Claus: «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?», *Cuadernos de Política criminal*, núm. 30, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, pp. 671-692. (Orig: «Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?», 1984).

SCHÜNEMANN, Bernd (compilador): «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 147-178. (Orig: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1984).

**INTRODUCCION**

**4) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. Giovanna Visintini.**

GIOVANNA VISINTINI
Profesora Ordinaria de Derecho Civil
Universidad de Génova

# RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
## Y EXTRACONTRACTUAL

ESTUDIOS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES
Y LOS HECHOS ILÍCITOS EN EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA CIVIL

Traducción, edición y notas de
LEYSSER L. LEÓN
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Prólogo de
FRANCESCO GALGANO
Profesor Ordinario de Derecho Civil
Universidad de Bolonia

ARA EDITORES

© GIOVANNA VISINTINI

© ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Telefax: (511) 522-8060
E-mail: araeditores@yahoo.com
Web site: http://www.araeditores.com

ISBN: 978-9972-238-
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional
del Perú N° 2014-

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú 2015 Printed in Peru

# II

# RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL*

* Título original: voz «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, vol. XXVI, 1991.

## La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual en el debate actual sobre la sistemática de los códigos de *civil law*[*]

*Quien hojee las páginas de los últimos ejemplares de la* Revue Trimestrielle de Droit Civil *descubrirá que en Francia está teniendo lugar un debate entre los civilistas, relativo al concepto de culpa contractual.*

*Se parte de la comprobación de que el resarcimiento del daño y el pago de intereses moratorios a causa del incumplimiento no persigue la finalidad de reparar un perjuicio, sino de la procurar al acreedor, mediante un equivalente, el mismo beneficio que él esperaba de la ejecución del contrato, que no llegó a buen fin.*

*Actualmente, el desconocimiento de esta fundamental diferencia entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual –a tenor de la cual, la primera constituye una forma de ejecución forzada de la obligación incumplida, y la segunda, una sanción por un daño injustamente ocasionado– es considerado como el motivo de una serie de malentendidos y de un desorden general en el sistema del derecho de la responsabilidad y de los contratos. Se ha llegado al punto tal que las voces favorables al abandono del «falso concepto» de la responsabilidad contractual se han hecho cada vez más numerosas.*

*Se aprecia que el* Code Napoléon *dicta reglas distintas para la responsabilidad derivada de* délit *o* quasi délit *(arts. 1382-1386) y para la*

---

[*] *N. del trad.* Agradezco a la autora, por haberme permitido traducir, como nota de actualización a la edición peruana del presente trabajo, la versión preliminar de *Responsabilità contrattuale: un falso concetto?*, su más reciente ensayo, que formará parte de los estudios jurídicos en honor del profesor Piero SCHLESINGER.

*responsabilidad que nace del incumplimiento de obligaciones contractuales (arts. 1146-1155). Parece avalada, entonces, la distinción entre dos tipos de responsabilidad. Hace más de un siglo que la doctrina francesa, al igual que la italiana, trata, habitualmente, de la* responsabilité contractuelle *y de la* responsabilité délictuelle. *Pero los intérpretes actuales de tales disposiciones hacen advertir que las situaciones son muy distintas, y que un acto antijurídico, propiamente dicho, sólo puede presentarse como fuente de responsabilidad aquiliana. En cambio, cuando dos personas están ligadas por un contrato, y una de ellas no respeta el compromiso que ha asumido, la otra tiene derecho a reclamar* un substitut de le éxécution, *que se funda, no tanto en el incumplimiento de la obligación original, sino en el contrato mismo.*

*En resumen, los detractores del concepto de culpa contractual consideran que existe un remedio que el acreedor tiene a su disposición para hacer valer su derecho objetivo de crédito en caso de insatisfacción por parte del deudor, para obtener la* realisation contentieuse *del contrato. El acreedor –como también se señala– no tiene necesidad de demostrar la culpa del deudor, ni un perjuicio distinto de la inejecución de la obligación contractual; es suficiente que demuestre el incumplimiento, para que su derecho de crédito se expanda, y pueda fundar la acción en vía judicial. La doctrina misma cita la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, que desde hace algún tiempo ha subrayado la irrelevancia del carácter culposo del incumplimiento, y de la prueba de un perjuicio ulterior.*

*El debate cobra tonalidades más encendidas, asimismo, cuando los defensores de las nuevas ideas se ponen en guardia frente a la doctrina tradicional y a la jurisprudencia predominante. Ellos opinan que estas no hacen más que guiarse por el respecto debido a* DOMAT *y* POTHIER.

*El modelo para una diversa presentación de la responsabilidad contractual parece ser el del mundo anglosajón, especialmente el estadounidense, donde el derecho de los contratos se elabora en función de los remedios a disposición del contratante que es víctima del incumplimiento. Este punto de vista, que comporta la descripción de los remedios contra el* breach of contract *en general, parece ser preferible al enfoque sesgado del* Code Napoléon *en esta materia. Y se destaca que la solución propuesta representa una visión más moderna, que ya ha sido recogida en la Convención de Viena sobre la venta, y en uno de*

*los códigos civiles más recientes, como lo es el de Québec, en vigor desde 1994, en cuyos arts. 1590 a 1625 se agrupan todos los remedios a disposición del acreedor.*

*¿Cuáles serían las desventajas de la sistemática tradicional, que también han pasado al Código Civil italiano, del* Code Napoléon*?*

In primis*, la dispersión de los textos legislativos relativos a los remedios predispuestos como reacción frente al incumplimiento genera confusión y oculta las relaciones que pueden establecerse entre estos remedios. Además, la doctrina tradicional se ha visto inducida, a causa de esta fragmentación de las disposiciones, a estudiar la responsabilidad por daños derivados del incumplimiento junto con la responsabilidad por hecho ilícito; ello es fuente de nuevos malentendidos, en torno de la función de la responsabilidad civil, porque implica reconocer un paralelismo entre los dos tipos de responsabilidad. De aquí las críticas a los famosos* Traitées sur la responsabilité civile contractuelle et délictuelle *que se ocupan conjuntamente de los dos tipos de responsabilidad, y los ubican en un mismo plano; a juicio de los detractores, en tales trabajos también se comete el error de aplicar al incumplimiento del contrato reglas modeladas sobre la base del hecho ilícito aquiliano.*

*En particular, ¿es incorrecto afirmar que en todos los casos de responsabilidad contractual, los presupuestos son siempre la existencia de un perjuicio, la culpa del deudor, y el nexo causal entre el perjuicio y la culpa (según el modelo* délictuel*); y que en el campo contractual, el perjuicio sólo es importante para efectos del resarcimiento por equivalente (sin perjuicio de la aplicación del art. 1150, correspondiente a nuestro art. 1225), sin que sea necesario demostrarlo cuando se demanda la resolución o la ejecución forzada del contrato?*

*Y en cuanto a la culpa, finalmente, los juristas franceses también sostienen que ella no es distinta del incumplimiento, y parece tratarse de un concepto inútil y superfluo en materia contractual*[*].

---

[*] En Italia, los exponentes de la llamada teoría «objetivista» del incumplimiento han aclarado, desde hace tiempo, que el incumplimiento *tout cour* constituye la fuente de la responsabilidad contractual, aunque ello no impida hablar de «culpa del deudor», siempre que se convenga en admitir que ella se resuelve en el incumplimiento. Para la exposición sobre el debate entre teorías

*Entre los defectos del planteamiento que agrupa bajo el título único de «responsabilidad civil» el incumplimiento y el hecho ilícito aquiliano, también se señalan los siguientes: 1) la falsa idea de que existe una responsabilidad indirecta del deudor por los hechos de sus auxiliares (el* Code Napoléon *no la contempla), porque siempre está en juego la responsabilidad personal, aun cuando el incumplimiento es provocado por auxiliares; 2) la irrelevancia de la incidencia, en la inejecución del contrato, del* fait d'une chose*; y 3) la errónea formulación de la problemática, que vincula la culpa de la víctima de un hecho ilícito con el hecho concurrente del acreedor, que, en oposición, ya no debe ser configurado como una culpa, sino como una infracción de los deberes de colaboración, información, y otros derivados del principio de buena fe contractual.*

*Contrariamente, la superioridad de una presentación del régimen del incumplimiento liberada de la influencia del modelo* délictuel *se hace del todo evidente cuando se piensa en las ventajas para el acreedor, víctima del incumplimiento, que se derivarían de un análisis descriptivo del arsenal de remedios que tiene a su disposición para decidir entre el mantenimiento o el fin del contrato.*

*En primer lugar están los remedios de la constitución en mora, la* exceptio inadimplendi*, y la renegociación del contrato; a continuación se presentan los remedios de carácter definitivo: el acreedor tiene* le choix entre la vie et la mort du contrat ex art. 1184 Code civil*, o bien entre la resolución o la acción para el cumplimiento forzado, de manera directa o indirecta, a través de la* astreinte*; además, puede siempre demandar el resarcimiento de daños, sea en vía alternativa, sea en vía acumulativa, con otros remedios. Este último, por lo demás, parece ser el único remedio disponible cuando el acreedor decide mantener el contrato a pesar de que la prestación sea defectuosa, en forma tal de compensar la denominada* réfaction *o* réduction *de la contraprestación, que era un remedio originalmente practicado sólo en la venta comercial, y que después fue extendido a todos los contratos, por obra de la jurisprudencia.*

---

subjetivistas y objetivitas del incumplimiento cfr. mi volumen «Inadempimento e mora del debitore», en *Codice civile. Commentario*, dirigido por P. SCHLESINGER, Milán, 1987, y mi *Trattato breve della responsabilità civile*, Padua, 2a. ed., 1999, especialmente, pp. 73 y ss., 79 y ss.

*En este marco unificado, lo que se debe estudiar atentamente es el papel del juez, tanto en la contención de la libertad de opción del contratante que es víctima del incumplimiento, cuanto en el reconocimiento de los remedios definitivos. El juez puede disponer la* correction du contrat *y sancionar los abusos a tenor del principio de la buena fe contractual; puede, de igual forma, conceder un plazo* ex *art. 1244, 1 (*délai de grace*) o* ex *art. 1184* Code civil*, y también imponer a las partes contratantes, en ciertos casos, según la jurisprudencia, la renegociación. Al respecto, se cita el famoso caso resuelto por la* Cour d'Appel *de París, en la causa* EDF v. Schell.

*Por otro lado, al conceder los remedios demandados por el acreedor en vía definitiva, el juez debe establecer que el incumplimiento sea importante, y puede imponer una solución distinta de la escogida por el acreedor (dentro de ciertos límites, claro está). Pero el problema principal concierne a las modalidades de valoración de daños para los cuales –como insiste la doctrina francesa de nuestros días– no es posible utilizar las mismas reglas que se aplican para los daños extracontractuales. Tales modalidades deben ser evaluadas en combinación con los demás remedios, o según la especificidad de las diversas tipologías contractuales.*

*Es claro que pueden existir casos en los cuales se puede utilizar el mismo criterio para el cálculo de los daños. Ello ocurre en los daños a la persona en caso de accidentes de transporte, ya sea que se trate de pasajeros, o bien de terceros. La más de las veces, sin embargo, la responsabilidad por daños contractuales presenta particularidades, como la* previsibilité du dommage contractuel*, entre otras.*

*En definitiva, la conclusión de un jurista más bien culto, como Philippe* REMY*, con respecto a esta reformulación de la responsabilidad contractual, es la sugerencia para volver a los orígenes de la doctrina de los comentaristas del* Code civil*, a la doctrina clásica, que, a su entender, tenía más claras las ideas, en comparación con la doctrina moderna. Se observa, en efecto, que de seguirse el Código y el pensamiento de* POTHIER*, la* summa divisio *no se propone entre los dos tipos de responsabilidad, por culpa contractual o por culpa aquiliana, aunque la doctrina moderna nos haya habituado a ella. La verdadera* summa divisio *se propone entre las fuentes de las obligaciones: por una parte,* les conventions*, y por otra, todas* les autres causes*, entre las cuales se encuentran los* délits *y* quasi délits*. Por lo tanto, el contrato es*

*fuente de responsabilidad contractual porque no existe una nueva obligación de reparar el daño, que reemplace a la obligación original. Esta última no se extingue con el incumplimiento; cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños está demandando la ejecución por equivalente de la prestación original, la cual se extingue, únicamente, con tal ejecución, o mediante los demás modos previstos en la ley.*

*De aquí la crítica a los tratados de los hermanos MAZEAUD y de Geneviève VINEY, que presentan la ejecución forzada del contrato –en sus dos formas, la reparación por equivalente y la reparación* in natura*–, en el marco de la responsabilidad civil y de los demás remedios (resolución y otros), en la parte donde analizan los contratos sinalagmáticos. Así el régimen del incumplimiento se presenta fragmentado en dos sectores, con lo cual quedan ocultas las combinaciones entre los diversos remedios, el papel del juez y el del acreedor, respectivamente, y se reduce el cumplimiento del contrato a la calidad de un hecho voluntario, y no a la de un acto debido. El resultado de ello es que la facultad del acreedor para demandar la ejecución forzada, se transforma en un derecho de demandar el resarcimiento por equivalente, con la condición de que se verifiquen la culpa y el perjuicio en el modelo de la responsabilidad aquiliana.*

*Por lo tanto, es necesario negar el concepto mismo de* faute contractuelle*, y de responsabilidad contractual, así como abandonar todos aquellos discursos sobre la superación de la distinción –que también están de moda en Francia– o sobre el falso problema de la no acumulación (no es justo impedir que un sujeto accione por la vía extracontractual, con el argumento de que se trata de la víctima del incumplimiento contractual de un deber accesorio al contrato, de seguridad, etc.); hay que volver a los orígenes de la dualidad de los principios fundamentales de una Sociedad civil: se deben respetar los compromisos y se deben resarcir los daños injustamente causados a los demás.*

*Si pasamos a analizar el sistema italiano, no se detectan ecos del debate que se acaba de describir. A nuestro favor, sin embargo, podemos sostener que la ubicación sistemática del régimen del incumplimiento en el Código Civil italiano de 1942 –que refleja parcialmente la del* Code civil*– no ha impedido a la doctrina civilista aclarar las diferencias entre los dos tipos de*

*responsabilidad, contractual y extracontractual, sobre todo en lo relativo al distinto fundamento de las mismas, y respectivamente, a las nociones de culpa aquiliana y culpa contractual.*

*En Italia tampoco faltan debates de este tipo: «¿se encuentra en vía de superación la tradicional distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad aquiliana?»; consiguientemente, ha habido intentos de unificar el concepto de culpa, o al menos, los parámetros para la valoración de la misma. Con todo, estos debates no han tenido eco en la jurisprudencia, donde la distinción está bien arraigada.*

*No cabe dudar que generan confusiones y malentendidos los intentos de unificar los parámetros para la valoración de la culpa y del daño.*

*Como es sabido, en el campo de la responsabilidad del deudor ha existido una dilatada disputa entre las teorías objetivistas y subjetivistas del incumplimiento. Al final, ha predominado claramente la primera posición, según la cual, la llamada «culpa contractual» se reduce al incumplimiento* tout cour*, con prescindencia de una calificación sobre el carácter culposo del mismo.*

*En otras palabras, ha prevalecido la posición de un jurista que, por su participación en los trabajos preparatorios del Código Civil de 1942, puede ser considerado como el artífice de las disposiciones sobre la materia: Giuseppe OSTI. Su tesis consiste en identificar un fundamento objetivo de la responsabilidad del deudor que no ejecuta la prestación debida; y dicho fundamento es el mero incumplimiento. En cambio, la tesis subjetivista, defendida, entre otros, por Michele GIORGIANNI, consiste en asumir que el incumplimiento, para ser fuente de responsabilidad, debe ser imputable o culposo. Ahora bien, dado que la tesis subjetivista se plantea en clara oposición a la formulación literal del art. 1218 cód. civ., que refiere el criterio de la imputabilidad a la causa de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (y no al incumplimiento), los autores de la tesis subjetivista se ven obligados a buscar en otras normas, distintas del art. 1218 cód. civ., los argumentos en sostén de su interpretación en clave subjetivista. Para este fin, atribuyen mucha importancia al art. 1176 cód. civ., es decir, a la regla según el cual, el deudor, en el cumplimiento de la obligación, debe actuar con arreglo a una diligencia media. Y el legislador identifica esta*

*diligencia, mediante una conocida expresión de raíz romanista, en la del llamado* bonus pater familias.

*De esta última norma se extrae el corolario de que el acreedor puede pretender del deudor, como regla, solamente el esfuerzo que se concreta en la fórmula de la diligencia del buen padre de familia.*

*La doctrina más acreditada en nuestros días ha aclarado, con una interpretación histórico-comparatista, que el único modo de extinción de la obligación del deudor de resarcir al acreedor es la prueba de la imposibilidad de cumplir, debida a una causa no imputable a aquel (*ex *art. 1218 y 1256 cód. civ.), y no basta para liberarlo la mera prueba de una excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. La jurisprudencia repite constantemente esta idea: que la noción de imposibilidad debe ser entendida de manera muy rigurosa; en otras palabras, que debe tratarse de una imposibilidad absoluta, que como tal, es distinta de una dificultad para cumplir, por más excesiva que ella sea.*

*Por otro lado, la sistemática del Código Civil italiano está claramente inspirada en las ideas citadas, tal como resulta del hecho de que la norma general sobre la responsabilidad del deudor (art. 1218) esté ubicada en el capítulo dedicado al incumplimiento, y que la norma sobre la diligencia esté ubicada, en cambio, en el capítulo dedicado al cumplimiento. Esta última está destinada, entonces, a establecer las modalidades de ejecución de las llamadas obligaciones «de medios», o sea, en el caso de la prestación de una actividad que se debe corresponder con la convenida. Si las partes no han prefijado cánones distintos, la remisión a la disposición del art. 1176 cód. civ.,–a la cual se ha reconocido gran importancia por parte de la doctrina autora de la noción de «incumplimiento imputable»,* alias, *«incumplimiento culposo»– asume solamente el significado de indicar, en ausencia de normas específicas y de pactos que indiquen medidas distintas, un parámetro objetivo, unido a valores-promedio para determinar la exactitud del comportamiento del deudor. Ello ocurre con exclusiva referencia a aquellas obligaciones en las cuales el deudor se ha comprometido a desarrollar una determinada actividad: una actividad encaminada a un resultado, pero no más. O bien el deudor promete, en ciertos casos, que realizará un determinado comportamiento, conforme con ciertas reglas o prescripciones contenidas en el contrato.*

*Como es natural, corresponde a la jurisprudencia establecer, en caso de litigio, el efectivo contenido del deber asumido, y calificar una obligación como de mera diligencia, y no de resultado. De todas formas, la prueba liberatoria para el deudor siempre tiene por objeto la imposibilidad para ejecutar una determinada prestación.*

*Retomando el discurso sobre la presentación del régimen del incumplimiento como especie de responsabilidad, es necesario admitir que en el sistema italiano tal criterio está muy arraigado, y se ha reflejado en nuestro Código Civil. En este se regula de manera más clara el incumplimiento, porque se habla del mismo a propósito del régimen general de las obligaciones, y no sólo, como se hace en el* Code civil*, en el régimen general de los contratos; y porque intitula las disposiciones generales de los arts. 1218 y 1228, y las demás disposiciones específicas modeladas sobre este último, y diseminadas en la regulación sobre los diversos contratos, con la expresión «responsabilidad» del deudor o del específico contratante (según cada caso, responsabilidad del prestador de obra: art. 2236; responsabilidad de los administradores: art. 1392; responsabilidad del transportista: art. 1693; responsabilidad del servicio de cajas de seguridad: art. 1839; responsabilidad de los almacenes generales: art. 1787, etc.*

*Así pues, me parece ociosa y equívoca la sugerencia de abandonar la calificación como responsabilidad contractual de la obligación de resarcimiento del daño contractual; el discurso importante es de sustancia: no se pueden prestar a dicho tipo de responsabilidad las reglas acuñadas para la responsabilidad derivada de un hecho ilícito ... y hay que tener muy claras las líneas que marcan el límites de estas figuras, totalmente distintas, de responsabilidad. No menos importante es presentar el incumplimiento, no sólo a tenor de las hipótesis en que el ordenamiento reacciona obligando al deudor a resarcir los daños, sino también en el marco de todos los remedios que la ley o el contrato ponen a disposición del acreedor que es víctima del incumplimiento.*

*Constituye una obra meritoria el hecho de centrar la atención en el concepto de responsabilidad –en su significado más rico, de garantía que el deudor debe dar al acreedor, de que cumplirá el compromiso asumido– y en la distinta función del resarcimiento, por equivalente o en forma específica, al cual puede ser constreñido el deudor que no cumple. Sin embargo, no se*

*puede abolir una construcción conceptual que se remonta a los mejores tratados de inicios del Novecientos, y que ha servido para interpretar en un contexto unitario ciertas reglas, indudablemente comunes a los dos tipos de responsabilidad, con respecto al régimen del resarcimiento del daño, y para colmar lagunas de los códigos sobre este argumento.*

*Por el contrario, creo que es necesario desconfiar de los discursos sobre la superación de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, porque en algunos casos debe ser posible la coexistencia de los dos remedios (piénsese en el dolo-engaño, o en la estafa, que pueden configurar, al mismo tiempo, un incumplimiento y un hecho ilícito aquiliano), y también porque se trata de discursos conceptuales que no se basan en efectivos acercamientos de las normativas respectivas, en el marco del empleo que los jueces hacen de las mismas.*

*Me refiero, especialmente, al intento de una parte de la doctrina para aplicar extensivamente, en la materia de los hechos ilícitos, la regla de la diligencia media del hombre norma –el llamado «buen padre de familia»– con el fin de acreditar un concepto unitario de culpa. Esta operación está privada de todo fundamento, sea en el plano racional, sea en el plano de la concreción de los datos legislativos, y sobre todo, de la historia de las ideas que los han precedido.*

*En otro lugar he tratado de dar cuenta del itinerario del pensamiento jurídico que originó la noción de culpa aquiliana como criterio de responsabilidad aquiliana. El resultado que obtuve fue el siguiente: la diferencia más importante y notoria, por estar estrictamente ligada con la distinta naturaleza del hecho jurídico que constituye la base de los dos tipos de responsabilidad, radica en el hecho de que la apreciación de la culpa, para efectos del art. 2043 cód. civ., se realiza siempre con referencia a las circunstancias concretas, y de que toda culpa, incluso la más ligera, puede ser fuente de responsabilidad; en cambio, la violación del contrato, en la cual se sustancia la culpa contractual, debe ser ponderada abstractamente, con prescindencia de las capacidades y hábitos del deudor concreto, de manera objetiva con respecto al contenido del deber. La aplicación extensiva del concepto «culpa=violación de la diligencia del buen padre de familia» a la responsabilidad aquiliana es el efecto de una metodología imperante en la primera mitad del siglo XIX, inspirada en el formalismo jurídico, y en un exasperado conceptualismo; por lo mismo, tiene que ser abandonada.*

*Aquí me limitaré a citar las palabras de Vittorio POLACCO, quien escribía, un siglo atrás, en una muy buena descripción de la noción de culpa aquiliana, respetuosa del dato legislativo: «advertimos que en la doctrina y en la jurisprudencia, sea en Francia, sea entre nosotros, predomina la máxima de que ella no admite grados [...] no se limita, en otras palabras, a la culpa leve; aunque la culpa sea bastante tenue, se pretende que el dañador responda siempre; y se invoca el conocido pasaje de* in lege Aquilia et levissima culpa venit*, así como la generalidad de términos del art. 1151 (correspondiente, en el Código Civil italiano de 1865, al art. 1382* Code civil)».

*Este es el sentido del principio moral que los compiladores del* Code civil *han querido codificar en la fórmula que ha arribado a nuestra época: «todo hecho doloso o culposo...», que se lee en el art. 2043 del Código Civil vigente, es decir, el principio que establece que si de las propias acciones deriva un daño para otro, se debe resarcir el mismo, aun cuando no se haya querido causarlo, o si la acción se ha debido a una mínima ligereza o descuido.*

*Bien distinto es el itinerario del pensamiento que ha conducido a introducir, en el tema de la ejecución de los contratos, el parámetro del* homme raisonnable *y del llamado buen padre de familia, que al principio se formuló únicamente con respecto a la obligación de custodia, y después se generalizó a todas las obligaciones en el Código Civil italiano. Por lo tanto, no hay que confundir los dos bandos del pensamiento tradicional, ni tampoco superponerlos, a menos que medien razones de* policy *que sugieran el abandono de uno u otro.*

*Al mismo tiempo, y teniendo muy presente la distinta estructura de los dos tipos de responsabilidad es necesario que no se exageren diferencias que no respondan a los efectivos usos jurisprudenciales.*

*Vaya un ejemplo, por todos. El problema del supuesto régimen distinto de la carga probatoria, según el cual se afirma, comúnmente, que a tenor del principio general fijado en el art. 2967 cód. civ., el damnificado debe probar, para hacer valer su derecho al resarcimiento, la culpa del dañador. En cambio, en el campo contractual, en virtud del art. 1218 cód. civ., el acreedor sólo debe probar el título de su derecho; el deudor, por su parte, tiene la carga de demostrar su ausencia de culpa. A decir verdad, si se tiene presente que el hecho constitutivo del derecho al resarcimiento es el*

*incumplimiento, y que el deudor debe probar, para liberarse de la responsabilidad, la imposibilidad para cumplir debida a una causa no imputable a él, o bien la extinción de la obligación de conformidad con el art. 1256 cód. civ., resulta claro que la pretendida excepción al principio general en materia de prueba no existe, y que una convicción semejante, tan difundida, se ha debido a un equívoco sobre el significado de la noción de culpa del deudor.*

*El discurso sobre el régimen probatorio se complica, adicionalmente, por el hecho de que el incumplimiento, tal como se ha anotado, puede dar lugar a otros remedios, a elección del acreedor. ¿Acaso el régimen probatorio se aplica del mismo modo en todos los casos, ya sea que el acreedor accione para la resolución, para el cumplimiento o para el resarcimiento por equivalente?*

*Recientemente, las Salas reunidas de la Corte de Casación italiana han dirimido una discrepancia, surgida entre las distintas Salas de la misma Corte, sobre el argumento que estamos examinando (sentencia n. 13533, del 30 de octubre del 2001), y ha considerado que la solución podía proponerse de la siguiente manera:*

*«En materia de prueba del incumplimiento de una obligación, el acreedor que interponga acción para la resolución contractual, para el resarcimiento del daño, o para el cumplimiento, sólo debe probar la fuente (negocial o legal) de su derecho y el respectivo plazo de vencimiento, limitándose a la mera alegación de la circunstancia del incumplimiento de la contraparte; en cambio, el deudor demandado está gravado con la carga de la prueba del hecho extintivo de la pretensión del contrario, constituido por el cumplimiento realizado». Y la Corte prosigue, con enunciados que evidentemente tienen el carácter de* obiter dicta*: «Incluso en el caso de que se hubiera producido, no el incumplimiento de la obligación, sino su cumplimiento inexacto, bastará al acreedor demandante la mera alegación de la inexactitud del cumplimiento (por infracción de deberes accesorios, como el deber de información, o bien por falta de observancia del deber de diligencia, o por disconformidad cuantitativas o cualitativas de los bienes), con el gravamen adicional para el deudor de la carga de demostrar el exacto cumplimiento realizado».*

*En los fundamentos del fallo se concede amplio espacio a la explicación de las dos tendencias opuestas. La Corte opta por la tendencia que juzga*

*como minoritaria, y no por la mayoritaria, que distingue entre la hipótesis en que el acreedor demanda el cumplimiento, por la cual se considera suficiente la prueba por parte suya de la existencia del título, y la hipótesis en que se demanda la resolución, para la cual se debe requerir la doble prueba del título y del incumplimiento, porque esta demanda se funda en dos hechos.*

*En los fundamentos también se encuentran argumentos favorables a la tesis expresada que se pueden considerar formales, como el principio de que el derecho existe también en la fase del incumplimiento, y el principio de la vinculación o cercanía de la prueba, así como una exigencia de homogeneidad del régimen probatorio para las tres acciones mencionadas, y previstas en el art. 1453 cód. civ., frente a un mismo acontecimiento.*

*Se trata de una sentencia que expresa un principio de derecho (que por parte del acreedor es suficiente la prueba del título y la mera alegación del incumplimiento), y se puede prever que el tribunal de reenvío lo aplicará, porque la decisión que debe ser tomada por este último está vinculada con una demanda de cumplimiento. En el caso concreto, en efecto, el demandante pedía la ejecución de una prestación, consistente en la colocación de paneles fonoabsorbentes en la pared divisoria entre el inmueble de su propiedad, destinado a un hospedaje, y el inmueble de propiedad del demandado, además del pago de una cláusula penal.*

*Se puede dudar, legítimamente, de que dicho principio sea respetado por la jurisprudencia que deberá afrontar juicios de resolución o de resarcimiento. En efecto, la jurisprudencia siempre ha afirmado que la parte que demanda la resolución debe probar el hecho que hace legítima la resolución.*

*La tendencia opuesta es expresada por la misma Corte en hipótesis de demandas de resarcimiento, aun cuando encubierta por* obiter dicta *que expanden la regla al caso en que la demanda esté destinada a la resolución o al resarcimiento por equivalente.*

*En definitiva, se tiene la clara impresión de que la discrepancia jurisprudencia fuera más aparente que real, y que se deba a una incorrecta deducción de las máximas de las sentencias. ¡Las Salas reunidas, en otras*

*palabras, habrían resuelto una discrepancia entre máximas, y no entre sentencias!*

*Desde este punto de vista, entonces, no se detectan diferencias de régimen probatorio por el hecho de que la demanda de resarcimiento dependa de un hecho ilícito aquiliano, o bien del hecho antijurídico del incumplimiento. En ambos casos es necesario probar la antijuridicidad de la conducta del demandado (el deudor o el dañador, respectivamente), o bien el hecho que ha generado el daño. Un discurso distinto es el relativo a la carga probatoria asumida por el demandado, aun cuando las numerosas presunciones de culpa previstas en la regulación sobre la responsabilidad extracontractual terminan acercando este régimen legal al establecido en el art. 1218 cód. civ., que impone al deudor la prueba específica de la causa no imputable de la imposibilidad de cumplir.*

* * *

*Todo lo expuesto conduce a afirmar que los discursos sobre la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual deben estar libres de los vicios de la excesiva teorización y del conceptualismo; deben limitarse, más bien, al reconocimiento de los datos técnicos y aplicaciones prácticas, los cuales evidencian, al mismo tiempo, diferencias y aspectos comunes. Además, la tendencia expansiva de ambos tipos de responsabilidad debe revelar al intérprete la importancia creciente de una institución como la responsabilidad civil, así como la necesidad de tener bien claros los elementos característicos y tradicionales de esta, para evitar incurrir en confusiones, en falsos problemas o en injustificadas aplicaciones extensivas de reglas, a uno u otro tipo de responsabilidad.*

*Génova, 15 de marzo del 2002*

SUMARIO: 1. Premisa. Fundamento de la distinción. Problemática.- 2. Delimitación de las áreas de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. Algunas situaciones limítrofes. Los llamados «deberes de protección». Casos de duda sobre la ubicación de un caso en una u otra área.- 3. Relevancia de la distinción. Diferencias con respecto al régimen legal: La carga de la prueba.- 4. Valoración del daño. El criterio de la previsibilidad del daño y el hecho ilícito doloso.- 5. Constitución en mora.- 6. Prescripción. Responsabilidad indirecta. Diligencia y buena fe. Cláusulas de exoneración y responsabilidad objetiva.- 7. El llamado «problema» del concurso o acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual.- 8. Nota bibliográfica.

## 1. Premisa. Fundamento de la distinción. Problemática

La responsabilidad que es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad derivada de la comisión de un hecho ilícito han sido reguladas en dos lugares distintos del Código Civil italiano de 1942. Esta diversa ubicación se corresponde con una diferencia de régimen legal, igualmente consagrada en el Código. Por lo tanto, y a pesar de la existencia de normas comunes a los dos tipos de responsabilidad, todo jurista que se desenvuelva en el ámbito de la legislación italiana debe tener presente tal distinción, la cual –hay que reiterarlo– no se limita a ser el resultado de una mera tradición dogmática, sino que se ha traducido en una normativa diferente.

Sin embargo, y aunque la distinción se justifique desde el punto de vista legislativo, existen múltiples aspectos que complican el discurso en torno de ella.

Por un lado, los aspectos comunes de la regulación, al ser más importantes que las diferencias –básteme recordar que el art. 2056 cód. civ. declara aplicables a los hechos ilícitos las principales normas sobre la valoración del daño que se han dictado en la parte donde se regula el

incumplimiento–, imponen una consideración unitaria de la responsabilidad civil, con prescindencia de la naturaleza del hecho ilícito que constituya su fuente. Por otro lado, existen situaciones limítrofes entre los dos tipos de responsabilidad, en las cuales un mismo hecho dañoso puede ser calificado, simultáneamente, como hecho ilícito extracontractual y como incumplimiento de una obligación contractual. Es con relación a estas últimas hipótesis que la jurisprudencia y la doctrina hablan, impropiamente, de «concurso» o «acumulación» de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Y escribo «impropiamente», porque la realidad es que la jurisprudencia puede reconocer, en estos casos, la legitimación procesal para obrar, alternativamente, a título de responsabilidad contractual o extracontractual; en consecuencia, el damnificado escogerá la más ventajosa de las dos vías, pero, como es obvio, no podrá acumularlas. Ello es innegable, aun cuando el demandante, de no conseguir una determinada ventaja con el ejercicio de una de las dos acciones, pueda perseguir la misma ventaja mediante el recurso a la otra (y es con respecto a esta hipótesis, justamente, que se presenta el término «acumulación»).

Existen, además, situaciones en las cuales es dudosa la delimitación de las áreas de responsabilidad: tal es el caso, por ejemplo, de las llamadas «obligaciones de seguridad».

En el presente estudio, nuestro discurso versará, principalmente, sobre la identificación de las señaladas zonas limítrofes, sobre la verificación del fundamento y alcances de la distinción bajo examen, y sobre las perspectivas de un nuevo, y cada vez mayor, acercamiento de las dos especies de responsabilidad civil.

## 2. Delimitación de las áreas de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. Algunas situaciones limítrofes. Los llamados «deberes de protección». Casos de duda sobre la ubicación de un caso en una u otra área

En el ordenamiento italiano, la delimitación de las áreas correspondientes a los dos tipos de responsabilidad puede trazarse con suficiente precisión si se tiene en cuenta la sistematización expresada en el Código Civil. Si existe incumplimiento de una obligación preexistente, la responsabilidad es contractual (art. 1218 y siguientes); si un sujeto causa un daño injusto a otro, y si los involucrados son extraños entre sí, y no están vinculados por una

relación obligatoria preexistente, la responsabilidad es extracontractual (art. 2043 y siguientes).

Además, dada la pluralidad de las fuentes negociales y legales de las obligaciones (art. 1173 cód. civ.), es forzoso advertir que el área de la responsabilidad contractual se extiende más allá de la esfera de los incumplimientos de obligaciones derivadas de contratos, a pesar de que estos últimos ofrezcan la casuística más amplia, y hayan sugerido a la doctrina la impropia etiqueta de «responsabilidad contractual», la cual –oportuno es señalarlo– no figura en el Código Civil italiano.

No obstante la aclaración anterior, la distinción sigue siendo problemática en ciertas situaciones limítrofes vinculadas con relaciones de tipo contractual, cuando se presentan hechos ilícitos cometidos en el contexto de la formación de un contrato, o comportamientos incorrectos que inciden en la fase de ejecución de una relación obligatoria y que, debido a su naturaleza, comprometen muy estrictamente la persona o bienes de uno de los contratantes.

Son situaciones que tienen en común la calificación del comportamiento dañoso como infracción del principio de buena fe, reconocida en el Código Civil con respecto la fase de las tratativas y de la ejecución de la obligación (arts. 1337, 1175 y 1375 cód. civ.).

En cambio –y como ya se ha anotado– no viene al caso detenerse a considerar otras situaciones de contacto entre sujetos titulares de derechos, con respecto a los cuales la ley interviene para regular y limitar el ejercicio de tales derechos, con el fin de dirimir eventuales conflictos. Ello es cuanto ocurre, por ejemplo, en las relaciones de buena vecindad (*rapporti di buon vicinato*): en dicho ámbito, la responsabilidad por daños es, sin lugar a dudas, extracontractual[1]. En efecto, no obstante la formulación original de las «obligaciones legales de vecindad», la problemática de los daños por inmisiones –a causa de la renuncia del legislador italiano a tipificar los deberes respectivos, y de la previsión de una amplia discrecionalidad del juez en este terreno– ha sido encuadrada, desde hace muchísimo tiempo, en el campo de los principios generales sobre los hechos ilícitos[*].

---

[1] Cfr. SCOGNAMIGLIO, «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Nss. D. I.*, XV, Turín, 1968, p. 674; G. VISINTINI, «Le immissioni nel quadro dei rapporti di vicinato», en *Riv. dir. civ.*, 1975, I, pp. 29 y ss., *passim*, y p. 635.

[*] *N. del trad.* Véase el estudio de la autora sobre este tema, *infra*, núm. XII.

En lo relativo a otras situaciones como las ya mencionadas, me parece que se debe convenir en dejar de lado el vetusto problema de la naturaleza, contractual o extracontractual, de la responsabilidad precontractual, si se tiene en cuenta la normativa específica planteada en el Código (arts. 1337 y 1338).

Lo que hace la regulación, efectivamente, es configurar un *tertium genus* de responsabilidad; por lo tanto, y siempre que quede espacio para las analogías, la *eadem ratio* impondría la aplicación de las normas sobre la responsabilidad contractual.

En el presente estudio, merece mayor atención aquella otra hipótesis, de elaboración jurisprudencial, relativa a los deberes de buena fe en la ejecución de una relación obligatoria. Se trata, en concreto, de los deberes de corrección accesorios a la prestación principal, que tienen como objetivo la óptima realización de la relación obligatoria.

Como tengo escrito en otro lugar, el papel que la cláusula general de buena fe desarrolla en este campo, vinculado con el libre desenvolvimiento de la autonomía contractual de los particulares, consiste en complementar dicha autonomía, y en extender la aplicación de la responsabilidad contractual a las hipótesis de incumplimiento de deberes de lealtad o de protección: sea a los deberes explícitamente previstos en normas legales específicas, sea a los deberes identificados por los jueces sobre la base del examen de la naturaleza de la prestación principal, o mediante la remisión al criterio de los usos sociales, o sobre la base de argumentos analógicos[2].

La terminología preferida por la doctrina italiana para clasificar este conjunto de deberes de buena fe es la de «deberes de protección», y coincide con las análogas teorías elaboradas en Alemania y Francia, sobre las *Schutzpflichten* y las *obligations di sécurité*, respectivamente, y dentro de las cuales se distinguen diversos deberes: de información, custodia, seguridad, salvataje, etc.[3].

---

[2] Cfr. sobre el tema: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milán, 1964, y G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979, pp. 158 y ss., y allí, más referencias al respecto.

[3] Cfr., especialmente, BENATTI, «Osservazioni in tema di "doveri di protezione"», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pp. 1342 y ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., pp. 675 y ss.

En esta oportunidad no me es posible realizar una ejemplificación detallada al respecto; remito, para ello, a la doctrina citada. Básteme señalar, de todos modos, que el ámbito de aplicación más frecuente de tales deberes es el de los contratos de depósito y afines, hospedaje[**], arrendamientos urbanos, transporte, trabajo subordinado, servicios de asistencia personal, mandato, seguros; se trata, en otras palabras, de los contratos que implican una exigencia de protección de la persona y bienes de los contratantes, o cuya ejecución requiere, como medio, una correcta información entre los contratantes.

Ahora bien, un comportamiento que infringe estos deberes «secundarios» de buena fe, a pesar de poder presentar afinidad con los hechos ilícitos, constituye, sin lugar a dudas, una fuente de responsabilidad contractual, porque el sentido de la cláusula general de buena fe contractual no puede consistir sino en un papel complementario de la autonomía contractual, mediante la ampliación de las obligaciones *ex lege*[4].

Siempre con el fin de identificar las áreas de ambas responsabilidades, cabe recordar que, en ocasiones, la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad, si contractual o extracontractual, se ha planteado cuando el daño resulta extraño a la prestación debida por el vendedor. Me refiero a hipótesis como la responsabilidad del enajenante frente al primer adquirente, en el caso de la doble transferencia de propiedad de un mismo inmueble, cuando un segundo adquirente se adelanta al primero en la inscripción del acto de adquisición[5]; o la responsabilidad del que otorga servidumbre sobre un predio en favor de alguien, y que luego transfiere el mismo predio, sin mencionar el gravamen, a un tercero, que termina inscribiendo en

---

[**] *N. del trad.* En el Código Civil peruano se establece, por ejemplo, que el hospedante «responde como depositario por el dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped y debe poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (art. 1717).

[4] Cfr. consideraciones análogas en SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., pp. 675 y ss.; y en DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, arts. 2043-2059, Bolonia-Roma, 1971, *sub* art. 2043, n. 26, pp. 38 y ss.

[5] Cfr. Cass. 27 marzo 1965, n. 518, en *Foro it.*, 1965, I, 1743, con nota de BRANCA, *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*.

primer lugar su adquisición[6]; o la responsabilidad del que vende un predio con el conocimiento de que el mismo está a punto de ser objeto de una medida cautelar[7].

La solución más lógica, y más seguida por la jurisprudencia, parece ser la que atribuye naturaleza contractual a la responsabilidad del enajenante en todos los casos mencionados, siempre en virtud del principio de buena fe, y a pesar de que en ninguno de ellos está en juego, desde un punto de vista rigurosamente formal, un incumplimiento de compromisos contractuales.

Distintamente, la tesis de la naturaleza extracontractual ha sido planteada en el caso de la responsabilidad del vendedor por daños ocasionados al patrimonio o a la persona del comprador por vicios de la cosa vendida[8]. En efecto, no obstante la regulación legislativa (la hipótesis es tratada, directamente, en el art. 1494 cód. civ.), se pueden encontrar argumentos –sobre la base de la historia de la disposición, del presupuesto de la mala fe del vendedor, que se prevé en la misma, y del tipo de daño– para sostener que el título de la responsabilidad debe ser identificado en un hecho ilícito, el cual consiste en la puesta en circulación comercial de un producto defectuoso. No es casual, al respecto, que un tema de gran importancia práctica, como la responsabilidad del fabricante por daños causados con productos defectuosos, haya sido afrontado por la doctrina más acreditada, principalmente, desde el punto de vista extracontractual.

Por otro lado, el debate sobre esta última cuestión se puede considerar superado en la actualidad, desde la dación del D.P.R. n. 224 de 1988, que ha complementado el sistema previsto en el Código Civil italiano, mediante el dictado de una regulación específica de la responsabilidad extracontractual del productor.

En oposición, mantiene vigencia la recurrente afirmación jurisprudencial sobre la naturaleza extracontractual de la responsabilidad, *ex* art. 1669 cód. civ., del contratista de obras públicas por defectos del inmueble construido[9].

---

6 Cfr. App. Venecia, 3 mayo 1963, en *Corti Brescia*, 1963, 433; Cass. 24 noviembre 1966, n. 2797, en *Giust. civ.*, 1967, 1702; y Cass. 27 marzo 1965, n. 518, cit.

7 Cfr. Cass. 18 marzo 1970, n. 740, en *Temi*, 1970, 668; App. Milán, 19 septiembre 1972, en *Giur. mer.*, 1976, I, 88, con nota informativa de BALLESTRINI.

8 Cfr. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padua, 1972, pp. 177 y ss., y allí referencias adicionales.

9 Cfr. Cass. 28 de septiembre de 1973, n. 2429, en *Giust. civ.*, 1974, I, 66.

Cuestiones análogas, sobre la naturaleza contractual o extracontractual, se han propuesto en materia de responsabilidad del inquilino, a causa de la nulidad de su contrato por falta de forma escrita, o de ocupación abusiva de una casa, posterior al vencimiento del plazo del arrendamiento[10], y también en materia de responsabilidad por el transporte comúnmente denominado «amistoso» o «de cortesía»[11].

En los dos casos anteriores, da la impresión de que el problema de la naturaleza de la responsabilidad se hubiese planteado en términos más bien sofisticados, a tal punto que se ha oscurecido la verdadera cuestión, es decir, la atenuación de la responsabilidad por ausencia de datos legislativos específicos[12].

### 3. Relevancia de la distinción. Diferencias con respecto al régimen legal: La carga de la prueba

En cuanto al régimen legal, las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual comprenden, según la opinión general, las siguientes materias: *a)* carga de la prueba; *b)* resarcimiento del daño; *c)* constitución en mora; y *d)* prescripción. No son las únicas, pero las demás son menos importantes.

Pasemos al examen ordenado de cada una de tales diferencias.

En relación con la primera, y supuesta, diferencia en el plano de la carga de la prueba, grande es la confusión existente. El problema no es menor al que se presenta en torno de la noción de «culpa contractual». Sin embargo, veremos que la diferencia examinada termina atenuándose, y desapareciendo, si se restituye a aquella noción su verdadera dimensión.

La mayor parte de la doctrina propone que en la hipótesis de la responsabilidad aquiliana, los principios generales relativos a la carga

---

[10] Cfr. Cass. 25 de marzo de 1970, n. 803, en *Giur. it. Mass.*, 1970, 346, y Cass. 27 de enero de 1960, n. 89, en *Foro it.*, 1960, I, 379.

[11] Cfr. Cass. 13 de octubre de 1951, n. 2635, en *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 1 y ss., que constituye el *leading case* de una jurisprudencia consolidada hasta nuestros días. Para la superación de dicha problemática, v. COMPORTI, «Il nuovo corso della giurisprudenza francese sulla responsabilità nel trasporto di cortesia: un esempio da limitare», en *Foro it.*, 1978, V, 182, y allí, referencias adicionales.

[12] Cfr., argumentos análogos en SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 677.

probatoria (art. 2697 cód. civ.) comportan, para el damnificado, la imposición de probar, con todos los componentes necesarios, la existencia del hecho ilícito. Por lo tanto, también pesa sobre el damnificado la carga de demostrar la culpa del autor (art. 2043 cód. civ.). En cambio, en la hipótesis de la responsabilidad contractual, la regla probatoria contenida en el art. 1218 cód. civ., último párrafo, hace inaplicables los principios generales, e impone al acreedor la mera demostración de la obligación preexistente y del incumplimiento; y al deudor, la prueba de la ausencia de culpa.

En esta línea de pensamiento, se considera que en materia de prueba de la culpa contractual existiría una inversión de la carga probatoria prevista por las normas generales[13].

Por el contrario, si se modifica el planteamiento del problema, sobre la base de la doctrina más reciente, atenta en la explicación de la génesis histórica de las normas respectivas[14], y si la noción de culpa contractual resulta equivalente del incumplimiento –y no de la negligencia– se obtiene el siguiente resultado: siempre es el acreedor, incluso en el campo contractual, quien aporta la prueba de la culpa, entendida, esta última, en su acepción de «omisión de la conducta debida, o de actividad no conforme a la debida». En otras palabras, la culpa del deudor no puede reducirse a la negligencia, porque no es más que una de las formas del incumplimiento.

Así pues, lo que cambia no es la regla probatoria, sino el concepto de culpa. En el campo contractual, en efecto, dicha noción posee una connotación psicológica, e implica, a la vez, un juicio preciso sobre su existencia; un juicio que tiene en cuenta, en mayor proporción, las capacidades personales del dañador. En el campo contractual, aun si se acoge la noción más restringida de culpa=negligencia –y, por lo tanto, aun si se reserva el uso de la expresión para aludir al cumplimiento inexacto–, la culpa se especifica según un modelo abstracto, y en consecuencia, según un parámetro objetivo. Esta, con

---

[13] Cfr., por todos: DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milán, 1966, pp. 33 y ss., y SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 673

[14] Cfr. CANNATA, «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)», en *Riv. trim. dir.e proc. civ.*, 1981, 993 y ss., y G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, *passim*, especialmente, las pp. 75 y ss., y 200.

todo, no pasa de ser una diferencia estructural entre las dos formas de responsabilidad, y no es una diferencia de régimen legal. En ambos casos, el hecho constitutivo del derecho al resarcimiento del daño –en otras palabras, la base de la responsabilidad (hecho ilícito o incumplimiento)– tiene que ser probado por el que pretende hace valer dicho derecho, es decir, por el acreedor y el dañador, en cada una de las figuras.

Si se considera, entonces, que la carga probatoria pesa sobre el demandado –deudor o dañador– las diferencias propuestas se atenúan de manera igualmente notable, y más aun si se tienen en cuenta los datos de la aplicación práctica, por encima de los meros datos legislativos. Este es el punto donde se inserta el discurso sobre la responsabilidad objetiva, que está encaminada, en el campo contractual, a imponer al deudor que ha actuado incorrectamente (si se trata de un empresario, especialmente), el peso del daño derivado de causas internas a su esfera económica (comprendida su red de auxiliares), es decir, inherentes a riesgos que él puede controlar. Distintamente, lo que se busca en el campo extracontractual es asegurar un resarcimiento a las víctimas de los accidentes, y es por ello que la carga probatoria se impone al sujeto que se encuentra en mejor condición para prever y calcular el riesgo de los accidentes mismos, y que es capaz, asimismo, de afrontarlo adecuadamente, mediante mecanismos preventivos y de seguros.

Ahora bien, la fórmula del art. 1218 cód. civ., que impone al deudor la carga de probar la causa no imputable que hace imposible el cumplimiento, termina teniendo el mismo alcance aplicativo que las numerosas presunciones de imputabilidad legalmente previstas en materia de responsabilidad extracontractual (por ejemplo, en los arts. 2050 a 2054 cód. civ.)[15].

En el nivel de las aplicaciones prácticas, la noción de causa no imputable *ex* art. 1218 cod.civ. –que constituye una noción técnico-

---

[15] Para referencias en tal sentido, v. SBISÀ, «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?», en *Resp. civ. prev.*, 1977, 723; y BUSNELLI, «Verso un possibile riavvicinamento tra resonsabilità contrattuale ed extracontrattuale, en *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 y ss. (intervención en el congreso celebrado en Pisa, el 11 de marzo de 1977, sobre el tema *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*).

jurídica–, se concretiza como un evento externo a la esfera de actividad del deudor, y como un evento inevitable, aunque se tomaran todas las medidas económicamente y razonablemente posibles (y no sólo aquellas medidas sugeridas por el parámetro de la diligencia ordinaria). Para liberar al deudor la jurisprudencia exige, además, la identificación de una causa específica de imposibilidad, lo que equivale a imponerle el riesgo de las causas ignotas[16]. Todo ello se repite en el campo extracontractual, a través de la concepción objetiva del caso fortuito y de la aplicación de las numerosas presunciones de imputabilidad del daño, que están vinculadas con la calidad de los sujetos y con la naturaleza de la actividad realizada.

Las consideraciones anteriores –está de más anotarlo– conducen a una superación de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual desde el punto de vista de la carga probatoria.

## 4. Valoración del daño. El criterio de la previsibilidad del daño y el hecho ilícito doloso

También en lo tocante a la valoración del daño se estila repetir que existen diferencias de régimen entre los dos tipos de responsabilidad. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que las diferencias conciernen a aspectos de importancia secundaria, porque las normas principales en la materia –los arts. 1223, 1226 y 1227 cód. civ., dictadas a propósito del incumplimiento de las obligaciones–, son expresamente invocadas por el art. 2056 cód. civ., desde el campo del hecho ilícito extracontractual.

Por otro lado, tanto el art. 2058 cód. civ., que permite al damnificado demandar la reintegración en forma específica, cuanto la disposición contenida en el art. 2056 cód. civ., en virtud de la cual «el lucro cesante es valorado por el juez con equitativa apreciación de las circunstancias», son considerados, normalmente, como expresiones de principios generales comunes a la responsabilidad contractual. En cambio, el art. 2059 cód. civ., a pesar de constituir una norma cerrada –porque limita la resarcibilidad del daño moral– no se puede considerar discriminatorio. En el sistema jurisprudencial italiano, por lo demás, es prácticamente inexistente el reconocimiento del resarcimiento de

[16] Remito a mis estudios sobre el incumplimiento de las obligaciones, que forma parte de la presente compilación (*supra*, núm. I, e *infra*, núm. III).

un daño moral vinculado con el incumplimiento contractual (a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos)[17].

La única diferencia, que parece textualmente acogida en el Código Civil italiano, está representada por la falta de una remisión al art. 1225 en el art. 2056. Por ello, se acostumbra repetir que el hecho ilícito extracontractual obliga a resarcir todos los daños, con el solo límite que deriva de las reglas sobre la causalidad, *ex* arts. 1223 y 1227 cód. civ.; en oposición, el incumplimiento, cuando no se deba a dolo, obliga a resarcir únicamente el daño previsible al momento en que surgió la obligación.

La irrelevancia de la previsibilidad del daño en el campo del hecho ilícito depende, por lo tanto, del argumento literal *ex* art. 2056 cód. civ.[18], además de lo que se puede leer en la *Relazione* sobre el Código Civil (n. 801), donde se explica la ausencia de la remisión al art. 1225, por la decisión del legislador, que rechazó el principio a tenor del cual el resarcimiento se mide según el grado de la culpa.

Sin embargo, ninguno de los dos argumentos, ni el literal, ni el extraído de los trabajos preparatorios del Código Civil, es decisivo.

Es cierto que el legislador italiano de 1942 no podía ignorar el debate sobre el alcance aplicativo del art. 1228 del Código Civil de 1865 (correspondiente al actual art. 1225), ni que el Código abrogado carecía del mismo argumento literal *a contrario*, ni tampoco, por lo tanto, que la falta de la invocación del art. 1225 en el ámbito de los hechos ilícitos podía ser considerada efecto de una decisión legislativa consciente, es decir, de una toma de posición entre tesis opuestas. Por otro lado, empero, aquella falta de reenvío legislativo a otros principios en materia de responsabilidad, en uno y otro sector, no siempre funcionaba como desincentivador para la jurisprudencia, porque esta establecía una identidad de *ratio*, y por lo tanto, la ausencia de justificación de una normativa distinta[19]. Además, y para no dejar de

---

[17] Cfr., para la casuística sobre la materia: H. y L. MAZEAUD, y A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, París, 1965, pp. 424 y ss.

[18] DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 252.

[19] Además de los ejemplos citados, es instructivo, en tal sentido, el criterio que aplica el art. 2236 cód. civ. incluso a la responsabilidad profesional extracontractual. Véase: G. VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padua, 1967, pp. 109 y ss.

atenernos a la explicación de la voluntad histórica del legislador –que no constituye más que uno de los posibles criterios de interpretación de la ley–, la formulación del art. 1225 cód. civ. contiene una variante, con respecto al texto legislativo anterior (art. 1228 del Código de 1865), de la cual pueden extraerse argumentos para apoyar la posibilidad de aplicar la norma, extensivamente, a los daños por hechos ilícitos.

La disposición del Código de 1865 establecía una limitación del resarcimiento a los daños previsibles «al momento del contrato»; en cambio, la norma actual refiere tal limitación «al momento en que surgió la obligación».

Por lo tanto, la nueva redacción permite la aplicación extensiva de la regla en el área extracontractual, y también en los incumplimientos de obligaciones *ex lege*; cancela, a su vez, la huella de la formulación original de la teoría de la previsibilidad del daño, que surgió en relación exclusiva con las obligaciones de garantía en la compraventa, y después fue extendida a las obligaciones convencionales en general, en el Código Civil francés (art. 1150)[20].

La investigación histórica permite afirmar, asimismo, la naturaleza original del dolo, como hecho ilícito del deudor, y entender el reenvío sustancial de la norma examinada –siempre en lo concerniente al dolo– a las disposiciones en materia de hechos ilícitos[21]. En otras palabras, la responsabilidad agravada *ex* art. 1225 cód. civ., por los daños imprevisibles, se justifica con exactitud, e históricamente, por la particular gravedad de la conducta, que está en condición de configurar un hecho ilícito doloso. ¿A qué hecho ilícito se refiere, entonces? Evidentemente, se refiere a aquellas maquinaciones, falsas declaraciones y a toda actividad engañosa perpetrada en el momento de surgimiento de la obligación, y apta para influir en la relación obligatoria. El juicio común que identifica en el dolo *ex* art. 1225 cód. civ., el mero incumplimiento consciente y voluntario ha sido completamente refutado, por constituir una definición que peca de genericidad y abstraccionismo, y que resulta inútil para resolver la problemática respectiva[22].

---

[20] Para un minucioso *excursus* sobre el tema, cfr. LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milán, 1969, pp. 591 y ss.

[21] Cfr. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 587.

[22] Cfr. LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., p. 591 y ss.

El dato, históricamente demostrable, que sirve de punto de partida a la norma analizada, es un hecho ilícito doloso típico, es decir, aquel que ha servido de base para modelar el dolo-vicio de la voluntad. Como se señalará más adelante, cuando el incumplimiento va de la mano con una conducta activa configurante de un hecho ilícito nos encontramos, precisamente, ante la hipótesis en que la jurisprudencia reconoce, sin problemas, los dos remedios concurrentes: la acción de responsabilidad contractual, extendida al daño imprevisible, y la acción de responsabilidad extracontractual[23].

Por lo demás, también algunos estudiosos de la responsabilidad extracontractual han señalado que el hecho ilícito doloso, a diferencia del culposo, estaría caracterizado por un refuerzo del resarcimiento del daño, que es extendido hasta abarcar los perjuicios indirectos y el reembolso de las utilidades[24]. Todo ello es válido para sostener que existen razones de peso que aconsejarían la extensión del régimen dictado en el art. 1225 cód. civ. al área extracontractual[25].

Sin embargo, y aunque uno se sienta presionado por el silencio del legislador en el art. 2056 cód. civ., y por aquel otro criterio, según el cual, asociar la previsibilidad con el momento de la comisión del hecho ilícito excede el sentido literal del art. 1225 cód. civ. (que no la asocia con el momento del incumplimiento, es decir, del hecho ilícito, sino con un momento anterior, que es el nacimiento de la obligación), el sentido de la disposición parece ser, únicamente, el de invocar, en caso de dolo –y por lo tanto, en la hipótesis de presencia de un hecho ilícito aquiliano–, el principio de que la plena responsabilidad por los daños, en los casos de hechos ilícitos contra el patrimonio (estafa, transferencia de bien ajeno con mala fe, colusión en perjuicio del

---

[23] LUPOI, *Il dolo del debitore*, cit., pp. 517 y ss., 521 y ss.

[24] Cfr. CENDON, *Il dolo nella responsabilità contrattuale*, Turín, 1974, pp. 492, 495 y ss.

[25] Durante la vigencia del Código Civil italiano de 1865 se pronunciaron en favor de este parecer: CARNELUTTI, «Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 748; GABBA, *Nuove questioni di diritto civile*, I, Turín, 1912, pp. 178 y ss.; POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile*, I, Roma, 1914, pp. 596 y ss.; A. VERGA, «Colpa aquiliana e prevedibilità del danno», en *Riv. dir. priv.*, 1938, I, pp. 237 y ss., pp. 247 y ss.; y en sentido contrario: N. COVIELLO, «Intorno alla risarcibilità dei danni indiretti e mediati nella colpa aquiliana», en *Giur. it.*, 1897, I, 1, 25; BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milán, 1934, 558; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Turín, 1897, n. 257, p. 580.

acreedor, etc.) que se manifiestan en ocasión del incumplimiento, solamente existe si media mala fe del deudor (con el respaldo, asimismo, de los arts. 1148 y 2033 cód. civ.).

En definitiva, no parece que estemos ante una diferencia entre los dos tipos de responsabilidad, la contractual y la extracontractual, sino ante la emersión de un principio general, que no tiene nada que ver con la distinción bajo examen.

Pero aquí no es oportuno, naturalmente, constatar si el principio es fundado o si tiene actualidad, ni tampoco estudiar a fondo las relaciones entre el criterio de la previsibilidad del daño, referido en el art. 1225 cód. civ., y el de la causalidad, previsto en el art. 1223 cód. civ. La complejidad de semejante problemática está a la vista.

## 5. Constitución en mora

El discurso se hace más sencillo al tratar la tercera diferencia en el régimen legal de ambas responsabilidades: la constitución en mora del deudor.

El art. 1219 cód. civ. descarta expresamente la necesidad de un requerimiento formal de cumplimiento, por parte del acreedor, para obtener los efectos de la mora. En cambio, dicho requerimiento sí puede resultar necesario (aunque no siempre) para obtener la imputación del retardo en el cumplimiento de una obligación preexistente. La previsión de dicha mora automática se explica, por lo general, con la idea de la inadmisibilidad de una presunción de tolerancia del retardo por parte del afectado por el hecho ilícito[26].

Se debe destacar, de todos modos, que la ausencia del requerimiento para el cumplimiento puede ser interpretada como acto de tolerancia del acreedor sólo cuando dicho proceder resulta usual (como ocurre en las obligaciones que deben cumplirse en el domicilio del deudor). Por lo tanto, la diferencia bajo examen no es genérica. Los mismos términos sirven para explicar, por ejemplo, la otra previsión de mora automática, contemplada en el art. 1219, 2do. párrafo, inciso 3, cód. civ.[27].

---

[26] Cfr. BIANCA, «Dell'inadempimento delle obbligazioni», en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, lib. IV, *Delle obbligazioni*, arts. 1218-1229, Bolonia-Roma, 1979, p. 208.

[27] Cfr. BIANCA, «Dell'inadempimento», cit., p. 212.

Hay que subrayar, asimismo, que en el campo de las obligaciones contractuales, donde los daños por retardo corren desde la intimación o desde el vencimiento del plazo, no existe aquella exigencia sustancial que ha sugerido la previsión del art. 1219, 2do. párrafo, inc. 1, por parte del legislador, es decir, la exigencia de asegurar al damnificado un resarcimiento integral aun en la hipótesis en que transcurra mucho tiempo entre el hecho ilícito y la liquidación del daño[28].

La explícita referencia al hecho ilícito (confirmada por los trabajos preparatorios del Código Civil, y contenida en la disposición analizada) impide, por otro lado, la aplicación extensiva de la regla al daño contractual[29].

## 6. Prescripción. Responsabilidad indirecta. Diligencia y buena fe. Cláusulas de exoneración y responsabilidad objetiva

El distinto régimen en materia de cómputo para la prescripción es el punto en que se plantea con más énfasis el problema de la determinación precisa de las áreas de la responsabilidad contractual y extracontractual.

En efecto, el art. 2947 cód. civ. establece un plazo de prescripción breve, de cinco años, para el derecho al resarcimiento del daño, pero a renglón seguido reduce el plazo a dos años, con respecto a los daños por circulación de vehículos.

Además, cuando el hecho ilícito cometido es, a la vez, considerado como delito por la ley, el eventual período de prescripción más largo que previera la normativa penal (para la extinción del delito) será también aplicable a la acción civil.

En cambio, en el campo contractual, dada la explícita referencia del art. 2497 cód. civ. al hecho ilícito, se aplica la regla general del art. 2496, que prevé un plazo de prescripción de 10 años, sin perjuicio de la fijación de plazos más breves para determinados contratos (art. 2498 cód. civ.).

Otra diferencia en el régimen legal, que no es menos relevante, se refiere a la distinta amplitud de la relación de subordinación, a efectos

---

[28] BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milán, 1968, pp. 152 y ss.

[29] En tal sentido: BENATTI, *La costituzione in mora*, cit., p. 156; ASCARELLI, «Obbligazioni pecuniarie», en *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, lib. IV, *Delle obbligazioni*, arts. 1227-1284, Bolonia-Roma, reimpr. de 1968, p. 534; en contra: BIANCA, «Dell'inadempimento», cit., p. 209.

de establecer la responsabilidad por hecho ajeno: la responsabilidad *ex* art. 2049 cód. civ. presupone, en alguna medida, la subordinación del encargado frente al comitente. En cambio, el art. 1228 cód. civ. acoge una noción mucho más amplia de «auxiliares», en la cual están comprendidos los colaboradores externos y autónomos, inclusive.

Del mismo modo, normas como los arts. 1176 y 1175 cód. civ. cumplen un papel, en sentido técnico, sólo en materia de responsabilidad contractual, esto es, un papel de determinación de la exactitud del cumplimiento en relación con las prestaciones de hacer, en el caso de la primera norma; y un papel extensivo del área de la responsabilidad a la infracción de los denominados «deberes de protección», en el caso de la segunda.

También se ha sostenido, con lujo de argumentos, la inaplicación a la responsabilidad extracontractual de las reglas sobre las cláusulas de exoneración de responsabilidad (art. 1229 cód. civ.)[30].

En este reconocimiento de las diferencias en el régimen legal hay que señalar, igualmente, que el Código Civil italiano incluye en el sector de los hechos ilícitos una serie de hipótesis en las cuales la responsabilidad se funda en criterios de imputación distintos de los precedentemente examinados: ya sea en relación con la naturaleza de la actividad desarrollada (art. 2050), o bien en dependencia de la relación en que se halla el sujeto responsable con respecto a la cosa (arts. 2051, 2054, 3er. párrafo), el edificio (art. 2053), o el animal (art. 2052). Estas son hipótesis de responsabilidad sin culpa –a las cuales se suma la responsabilidad de los comitentes– para las cuales la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la teoría de la llamada responsabilidad «objetiva», que ha sido vinculada con criterios económicos relativos a la distribución de costos y beneficios, mediante la individualización de una noción de «caso fortuito» como límite de la responsabilidad, es decir, como un evento del todo extraño al riesgo típico de la cosa, de la actividad, etc.

Ahora bien, es verdad que en el ámbito de la responsabilidad contractual también emergen ideas directrices análogas, gracias a la

---

[30] Cfr. ALPA, «Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'art. 2054 u.c., c.c.», en *Giur. it.*, 1975, I, 1, 751 y ss., 766 y ss. En sentido contrario: BIANCA, «Dell'inadempimento», cit., pp. 479 y ss.

acogida de una noción objetiva de «causa no imputable» de la imposibilidad. Sin embargo, nos estamos refiriendo, principalmente, a reglas jurisprudenciales, que hasta el momento no han sido suficientemente tipificadas; y por otro lado, existe la práctica de las cláusulas de exoneración (especialmente en materia de transporte y de depósito), que a menudo se estructuran como presunciones de caso fortuito aplicadas a eventos que en realidad son expresión del mal funcionamiento de la empresa del deudor. Por ello, a pesar de la cercanía de los dos tipos de responsabilidad desde este punto de vista, y por otras razones más, es útil mantener el discurso separado sobre las mismas.

## 7. El llamado «problema» del concurso o acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual

Las diferencias de régimen legal que se mantienen hasta hoy –a pesar de que las más conocidas (relativas a los temas de mayor importancia) deban considerarse en vía de superación, según resulta del análisis desarrollado en los puntos precedentes– justifican un replanteamiento, por parte de los jueces, del llamado problema del concurso de las dos formas de responsabilidad. En una jurisprudencia que se puede tener por consolidada se afirma, como principio, la admisibilidad de dicho concurso cuando un mismo hecho puede ser apreciado como incumplimiento de un deber contractual y como infracción de derechos personales protegidos al margen de la existencia de un contrato.

La hipótesis más frecuente en que los jueces han expresado un parecer favorable al concurso es la del transporte de personas; la consecuencia práctica es la posibilidad de plantear la acción de responsabilidad extracontractual, cuyo plazo de prescripción es más amplio, cuando deviene inviable la acción de responsabilidad contractual, a causa del transcurso del plazo anual de prescripción previsto en el art. 2951 cód. civ.[31]. Debe destacarse que la jurisprudencia señalada se refiere, principalmente, al concurso de

[31] Cfr., recientemente, Cass. 9 de enero de 1979, n. 119, en *Arch. civ.*, 1979, 330; Cass. 19 de marzo de 1979, n. 1593, en *Arch. civ.*, 1979, 937; Cass. 5 de diciembre de 1975, n. 4032, en *Arch. giur. circ.*, 1976, 125, y para referencias adicionales: G. VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, cit., pp. 15 y ss., y ROVELLI, *Il trasporto di persone*, Turín, 1970.

acciones, y reconoce al damnificado la facultad de escoger, en vía alternativa, la normativa que le es más favorable.

La jurisprudencia también es favorable al concurso en otras hipótesis, pero de manera menos unívoca.

Así, en el transporte de cosas se ha admitido el concurso de la acción de responsabilidad extracontractual al consignatario, por la omisión de custodia del transportista, con el fin de conceder al primero el resarcimiento del lucro cesante, que no está previsto en las normas sobre este contrato (art. 1696 cod.civ.)[32]. Se ha negado dicha posibilidad, en cambio, y con referencia a la misma figura, para descartar la viabilidad de la acción de subrogación *ex* art. 1916 cód. civ., de la empresa de seguros por hurto de mercadería transportada, porque en el caso concreto el asegurado era un subtransportista que no estaba vinculado con el consignatario por ninguna relación contractual[33].

En torno del contrato de hospedaje se ha reconocido, igualmente, la posibilidad de configurar el concurso en una hipótesis de lesiones alegadas por un huésped, a causa de la caída sufrida en una escalera privada de pasamanos y poco iluminada[34].

El mismo principio ha sido extendido a los daños sufridos por un paciente en tratamiento, por la infracción de deberes precontractuales por parte del médico[35]; a los daños causados a un inquilino por el derrumbe del inmueble alquilado[36]; a los daños por agrietamiento la calzada pública[37];

---

[32] Cass. 28 de enero de 1972, n. 226, en *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1797.

[33] Cfr., Cass. 14 de mayo de 1979, n. 2773, en *Resp. civ. prev.*, 1980, 403, y en *Giust. civ.*, 1979, I, 1899.

[34] Cass. 21 de diciembre de 1968, n. 4043, en *Mon. trib.*, 1969, 499.

[35] Cfr., especialmente, Cass. 15 de junio de 1954, n. 2016, en *Giust. civ.*, 1954, 1440, en *Foro pad.*, 1955, I, 152, y en *Giur. it.*, 1955, I, 1, 276, con nota contraria de D. R. PERETTI GRIVA.

[36] Se trata de una jurisprudencia antigua: cfr., Cass. Turín, 21 de noviembre de 1916, en *Giur. it.*, 1917, I, 1, 1012, con nota crítica de CHIRONI, *Ancora sul concorso della colpa contrattuale con la extracontrattuale*; App. Bari, 18 de julio de 1959, en *Corti Bari*, 1960, 16; en contra, por los daños a las cosas de propiedad del inquilino por inundación del inmueble alquilado a causa de un vicio de las tuberías: Cass. 30 de julio de 1966, n. 2139, en *Arch. resp. civ.*, 1966, 741, y por daños por hurto facilitado por la instalación de andamios para trabajos de manutención: Trib. Roma, 1 de marzo de 1971, en *Arch. resp. civ.*, 1973, 218.

[37] Cass. 8 de octubre de 1969, n. 3224, en *Giur. it. Mass.*, 1969, que ha considerado la responsabilidad contractual y extracontractual del contratista al cual se había confiado, por la Municipalidad, la manutención de la calle.

a los daños causados al adquirente por vicios detectados en la cosa, a cargo del vendedor-fabricante[38]; a los daños causados al adquirente por consignación de un producto de calidad distinta de la convenida, cuando la responsabilidad contractual concurra con el hecho ilícito configurante de un fraude en el ejercicio de la actividad comercial[39]; y recientemente, a los daños a la persona causados por animales[40].

En conclusión, aunque no faltan tomas de posición contrarias al concurso de acciones, especialmente en la doctrina, y algunas sentencias que descartan la operatividad del mismo cuando el derecho infringido cuenta con una específica y plena regulación en el contrato[41], se debe tener en cuenta la reiterada presencia del problema frente a los jueces y la tendencia de estos últimos a facilitar la posición del damnificado, mediante la concesión a este último de la posibilidad de ejercer la acción de resarcimiento que le sea más favorable.

Se puede prever, sin embargo, que el problema en examen está destinado a perder importancia siempre que se eliminen una serie de equívocos sobre el efectivo alcance de la distinción, en la perspectiva hacia una superación gradual de la misma. Si se quisiera intentar, luego, una sintética racionalización de las líneas de tendencia que emergen de la tendencia jurisprudencial antes citada, diría que las razones que sugieren a los jueces el reconocimiento del concurso parten, no sólo de un favor generalizado hacia el damnificado, sino también de dudas sobre la posibilidad de configurar una regulación contractual plena o sobre la clasificación en uno u otro tipo de responsabilidad, o de la determinación del carácter de hecho ilícito, caracterizado por dolo o culpa grave del hecho dañoso[42].

---

38 Cass. 13 de mayo de 1980, n. 1696, en *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1460, y allí otras referencias sobre los motivos de la decisión.

39 Trib. Reggio Emilia, 12 de enero de 1959, en *Foro pad.*, 1960, I, 640, con nota favorable de D. R. PERETTI GRIVA.

40 En el caso concreto, por caballos tomados en alquiler: Cass. 19 de enero de 1977, n. 261, en *Giur. it.*, 1978, I, 1, 1791.

41 Cfr., por ejemplo, en materia de mediación: Cass. 7 de agosto de 1962, n. 2441, en *Foro it.*, 1962, I, 1644; Cass. 17 de marzo de 1964, n. 614, en *Giust. civ.*, 1964, I, 1615.

42 Véase también, sobre el este último punto: *supra*, núm. 4, y G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, II, *La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padua, 1990, pp. 55 y ss.

Típico ejemplo de ello es la casuística en materia de transporte de personas, respecto de la cual son fundamentales tanto la diferencia de régimen, en lo que concierne a la prescripción, cuanto la poca conciencia por parte de los jueces sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad por daños a la persona, *ex* art. 1681 cód. civ.

La doctrina, por su parte, ha persistido en señalar las frágiles bases de la denominada regla de la «acumulación», cuando se pretende presentarla como si se tratara de un principio general[43]. En esta oportunidad, sin embargo, no me es dado sino remitir, para las referencias al respecto, al análisis casuístico y comparatístico realizado por Pier Giuseppe MONATERI[44].

## 9. Nota bibliográfica

ASQUINI, Alberto: «Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone», en *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 1 y ss.; AZZARITI, Gaetano: «In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. civ.*, 1959, II, 469; BARASSI, Lodovico: *La teoria generale delle obbligazioni*, II y III, Milán, 1948; BONASI BENUCCI, Edoardo: *La responsabilità civile*, Milán, 1955; BUSNELLI, Francesco Donato: «Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale», en *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 y ss. (intervención en el congreso celebrado en Pisa el 11 de marzo de 1977 sobre el tema *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*); CARADONNA, Pietro: «Concorso della colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 261 y ss.; CARNELUTTI, Francesco: «Sulla distinzione tra colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 743 y ss.; CENDON, Paolo: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Turín, 1974; CHIRONI, Gian Pietro: *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Turín, 1897; DE CUPIS, Adriano: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milán, 1966; DE CUPIS, Adriano: «Dei fatti illeciti», en *Comm.*

---

[43] SACCO, «Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale», en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* al cuidado de G. VISINTINI, Milán, 1983, pp. 155 y ss.

[44] MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padua, 1989, *passim*.

* *N. del trad.* Mi traducción de este estudio de Renato SCOGNAMIGLIO se publicó en *Ius et Veritas*, núm. 22, Lima, 2001.

*c.c. Scialoja-Branca*, arts. 2043-2059, Bolonia-Roma, 1971, *sub* art. 2043; DE CUPIS, Adriano: «Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Ann. dir. comp.*, 1963, 249; FUBINI, Riccardo: «Ancora in tema di rapporto tra azione contrattuale e azione aquiliana di danno», en *Mon. trib.*, 1905, 281; GABBA, Carlo Francesco: *Nuove questioni di diritto civile*, I, Turín, 1912, en particular, pp. 174 y ss.; LUPOI, Maurizio: *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milán, 1969, pp. 311 y ss; MAJELLO, Ugo: «Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana», en Actas del seminario *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, dirigido por Vincenzo BUONOCORE y Ugo MAJELLO, Nápoles, 1975, pp. 1 y ss.; MONATERI, Pier Giuseppe: *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padua, 1989, *passim*; POGLIANI, Mauro: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milán, 1964; POLACCO, Vittorio: *Le obbligazioni nel diritto civile*, I, Roma, 1914; RUSSO, Raffaelle: «Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 962 y ss.; SACCO, Rodolfo: «Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale», en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, al cuidado de Giovanna VISINTINI, Milán, 1983, pp. 155 y ss.; SBISÀ, Giuseppe: «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?», en *Resp. civ. prev.*, 1977, 723; SCOGNAMIGLIO, Renato: «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Nss. D. I.*, XV, Turín, 1968, pp. 670 y ss.[*]; SPAGNOLO, C., «Sulla differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *La Pretura*, 1929, 339 y ss.; TOSCANO, Alfino: «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (reseña de jurisprudencia)», en *Riv. dir. civ.*, 1956, 237 y ss.; VISINTINI, Giovanna: *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padua, 1967, pp. 15 y ss.; VISINTINI, Giovanna (directora): *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milán, 1983; VISINTINI, Giovanna: *I fatti illeciti*, II, *La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padua, 1990, pp. 55 y ss.

# LECTURAS COMPLEMENTARIAS

INTRODUCCION

1) PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. European Group on Tort Law.

## European Group on Tort Law

# Principles of European Tort Law

### TITLE I. Basic Norm

### Chapter 1. Basic Norm

### Art. 1:101. Basic norm

(1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.

(2) Damage may be attributed in particular to the person

a) whose conduct constituting fault has caused it; or

b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or

c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.

### TITLE II. General Conditions of Liability

### Chapter 2. Damage

### Art. 2:101. Recoverable damage

Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.

### Art. 2:102. Protected interests

(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.

(2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection.

(3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property.

(4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.

(5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.

## European Group on Tort Law

# Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil

### TÍTULO I. Norma fundamental

### Capítulo 1. Norma fundamental

### Art. 1:101. Norma fundamental

(1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo.

(2) En particular, el daño puede imputarse a la persona

a) cuya conducta culposa lo haya causado; o

b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o

c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones.

### TÍTULO II. Presupuestos generales de la responsabilidad

### Capítulo 2. Daño

### Art. 2:101. Daño resarcible

El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido.

### Art. 2:102. Intereses protegidos

(1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

(2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.

(3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorporales.

(4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de ésta.

(5) El alcance de la protección puede verse afectado igualmente por la naturaleza de la responsabilidad, de tal modo que, en caso de lesión dolosa, el interés podrá recibir una protección más amplia que en los demás casos.

Spanish Translation by Miquel Martín-Casals

(6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration.

**Art. 2:103. Legitimacy of damage**

Losses relating to activities or sources which are regarded as illegitimate cannot be recovered.

**Art. 2:104. Preventive expenses**

Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred.

**Art. 2:105. Proof of damage**

Damage must be proved according to normal procedural standards. The court may estimate the extent of damage where proof of the exact amount would be too difficult or too costly.

**Chapter 3. Causation**

***Section 1. Conditio sine qua non and qualifications***

**Art. 3:101. Conditio sine qua non**

An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.

**Art. 3:102. Concurrent causes**

In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage.

**Art. 3:103. Alternative causes**

(1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.

(2) If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim.

(6) Para establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos.

**Art. 2:103. Legitimidad del daño**

Las pérdidas relacionadas con actividades o fuentes que se consideran ilegítimas no pueden ser resarcidas.

**Art. 2:104. Gastos preventivos**

Los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables.

**Art. 2:105. Prueba del daño**

El daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios. El tribunal podrá estimar la cuantía del daño cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa.

**Capítulo 3. Relación de causalidad**

***Sección 1. La conditio sine qua non y sus límites***

**Art. 3:101. Conditio sine qua non**

Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido.

**Art. 3:102. Causas concurrentes**

En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima.

**Art. 3:103. Causas alternativas**

(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima.

(2) Si, en el caso de una pluralidad de víctimas, es dudoso que una actividad haya causado el daño de una víctima concreta, pero es probable que no haya causado daño a todas las víctimas, se considera que la actividad es causa del daño sufrido por todas las víctimas en proporción a la probabilidad de que pueda haber causado el daño a una víctima concreta.

**Art. 3:104. Potential causes**

(1) If an activity has definitely and irreversibly led the victim to suffer damage, a subsequent activity which alone would have caused the same damage is to be disregarded.

(2) A subsequent activity is nevertheless taken into consideration if it has led to additional or aggravated damage.

(3) If the first activity has caused continuing damage and the subsequent activity later on also would have caused it, both activities are regarded as a cause of that continuing damage from that time on.

**Art. 3:105. Uncertain partial causation**

In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof.

**Art. 3:106. Uncertain causes within the victim's sphere**

The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.

***Section 2. Scope of Liability***

**Art. 3:201. Scope of Liability**

Where an activity is a cause within the meaning of Section 1 of this Chapter, whether and to what extent damage may be attributed to a person depends on factors such as

a) the foreseeability of the damage to a reasonable person at the time ofthe activity, taking into account in particular the closeness in time or space between the damaging activity and its consequence, or the magnitude of the damage in relation to the normal consequences of such an activity;

b) the nature and the value of the protected interest (Article 2:102);

c) the basis of liability (Article 1:101);

d) the extent of the ordinary risks of life; and

e) the protective purpose of the rule that has been violated.

**TITLE III. Bases of Liability**

**Art. 3:104. Causas potenciales**

(1) Si una actividad ha acarreado un daño a la víctima de modo irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por sí misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada.

(2) No obstante, deberá tenerse en cuenta esa actividad posterior si conlleva un daño adicional o agravado.

(3) Si la primera actividad ha causado un daño continuado y la actividad posterior también lo hubiera causado más tarde, ambas actividades deben ser consideradas como causa del daño continuado a partir del momento en que concurran.

**Art. 3:105. Causalidad parcial incierta**

En el caso de una pluralidad de actividades, si es seguro que ninguna de ellas ha causado todo el daño o una parte determinable del mismo, se presume que aquéllas que probablemente han contribuido (mínimamente) a causarlo lo han causado a partes iguales.

**Art. 3:106. Causas inciertas en la esfera de la víctima**

La víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera.

***Sección 2. Alcance de la responsabilidad***

**Art. 3:201. Alcance de la responsabilidad**

Si una actividad es causa en el sentido de la Sección 1 de este Capítulo, la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida depende de factores como los siguientes:

a) la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad;

b) la naturaleza y valor del interés protegido (artículo 2:102);

c) el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101);

d) el alcance de los riesgos ordinarios de la vida; y

e) el fin de protección de la norma que ha sido violada.

**TÍTULO III. Fundamento de la responsabilidad**

## Chapter 4. Liability based on fault

### *Section 1. Conditions of liability based on fault*

#### Art. 4:101. Fault

A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.

#### Art. 4:102. Required standard of conduct

(1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.

(2) The above standard may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it.

(3) Rules which prescribe or forbid certain conduct have to be considered when establishing the required standard of conduct.

#### Art. 4:103. Duty to protect others from damage

A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.

### *Section 2. Reversal of the burden of proving fault*

#### Art. 4:201. Reversal of the burden of proving fault in general

(1) The burden of proving fault may be reversed in light of the gravity of the danger presented by the activity.

(2) The gravity of the danger is determined according to the seriousness of possible damage in such cases as well as the likelihood that such damage might actually occur.

#### Art. 4:202. Enterprise Liability

## Capítulo 4. Responsabilidad por culpa

### *Sección 1. Requisitos de la responsabilidad por culpa*

#### Art. 4:101. Culpa

Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible.

#### Art. 4:102. Estándar de conducta exigible

(1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

(2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla.

(3) Al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta

#### Art. 4:103. Deber de proteger a los demás de daños

Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber.

### *Sección 2. Inversión de la carga de la prueba de la culpa*

#### Art. 4:201. Inversión de la carga de la prueba de la culpa en general

(1) Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta.

(2) La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente.

#### Art. 4:202. Responsabilidad de la empresa

(1) A person pursuing a lasting enterprise for economic or professional purposes who uses auxiliaries or technical equipment is liable for any harm caused by a defect of such enterprise or of its output unless he proves that he has conformed to the required standard of conduct.

(1) La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.

(2) „Defect“ is any deviation from standards that are reasonably to be expected from the enterprise or from its products or services.

(2) „Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.

## Chapter 5. Strict liability

## Capítulo 5. Responsabilidad objetiva

### Art. 5:101. Abnormally dangerous activities

### Art. 5:101. Actividades anormalmente peligrosas

(1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.

(1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.

(2) An activity is abnormally dangerous if

(2) Una actividad es anormalmente peligrosa si:

a) it creates a foreseeable and highly significant risk of damage even when all due care is exercised in its management and

a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y

b) it is not a matter of common usage.

b) no es una actividad que sea objeto de uso común.

(3) A risk of damage may be significant having regard to the seriousness or the likelihood of the damage.

(3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo.

(4) This Article does not apply to an activity which is specifically subjected to strict liability by any other provision of these Principles or any other national law or international convention.

(4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.

### Art. 5:102. Other strict liabilities

### Art. 5:102. Otros supuestos de responsabilidad objetiva

(1) National laws can provide for further categories of strict liability for dangerous activities even if the activity is not abnormally dangerous.

(1) Las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas.

(2) Unless national law provides otherwise, additional categories of strict liability can be found by analogy to other sources of comparable risk of damage.

(2) A menos que la ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido de daño.

## Chapter 6. Liability for others

### Art. 6:101. Liability for minors or mentally disabled persons

A person in charge of another who is a minor or subject to mental disability is liable for damage caused by the other unless the person in charge shows that he has conformed to the required standard of conduct in supervision.

### Art. 6:102. Liability for auxiliaries

(1) A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct.

(2) An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purposes of this Article.

## TITLE IV. Defences

## Chapter 7. Defences in general

### Art. 7:101. Defences based on justifications

(1) Liability can be excluded if and to the extent that the actor acted legitimately

a) in defence of his own protected interest against an unlawful attack (self-defence),

b) under necessity,

c) because the help of the authorities could not be obtained in time (self-help),

d) with the consent of the victim, or where the latter has assumed the risk of being harmed, or

e) by virtue of lawful authority, such as a licence.

(2) Whether liability is excluded depends upon the weight of these justifications on the one hand and the conditions of liability on the other.

(3) In extraordinary cases, liability may instead be reduced.

### Art. 7:102. Defences against strict liability

(1) Strict liability can be excluded or reduced if the injury was caused by an unforeseeable and irresistible

a) force of nature (force majeure), or

b) conduct of a third party.

## Capítulo 6. Responsabilidad por otros

### Art. 6:101. Responsabilidad por los menores o por discapacitados psíquicos

La persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión.

### Art. 6:102. Responsabilidad por los auxiliares

(1) Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible.

(2) El contratista independiente no se considera auxiliar a los efectos de este artículo.

## TÍTULO IV. Causas de exoneración

## Capítulo 7. Causas de exoneración en general

### Art. 7:101. Causas de justificación

(1) Puede excluirse la responsabilidad de quien ha actuado legítimamente en la medida en que lo haya hecho:

a) en defensa de un interés protegido propio contra un ataque antijurídico (legítima defensa),

b) por estado de necesidad,

c) porque no pudo obtener la ayuda de las autoridades a tiempo (auto-ayuda),

d) con el consentimiento de la víctima, o si ésta asumió el riesgo de resultar dañada, o

e) en virtud de una autorización legítima como, por ejemplo, la licencia.

(2) Que la exoneración sea total o no depende, de una parte, de la importancia de esas causas de justificación y, de la otra, de los presupuestos de la responsabilidad.

(3) En casos extraordinarios, la responsabilidad podrá ser simplemente reducida.

### Art. 7:102. Causas de exoneración en casos de responsabilidad objetiva

(1) La responsabilidad objetiva puede ser objeto de exoneración total o parcial si el daño fue causado por una imprevisible e irresistible

a) fuerza de la naturaleza (fuerza mayor), o

b) conducta de un tercero.

(2) Whether strict liability is excluded or reduced, and if so, to what extent, depends upon the weight of the external influence on the one hand and the scope of liability (Article 3:201) on the other.

(3) When reduced according to paragraph (1)(b), strict liability and any liability of the third party are solidary in accordance with Article 9:101 (1)(b).

**Chapter 8. Contributory conduct or activity**

**Art. 8:101. Contributory conduct or activity of the victim**

(1) Liability can be excluded or reduced to such extent as is considered just having regard to the victim's contributory fault and to any other matters which would be relevant to establish or reduce liability of the victim if he were the tortfeasor.

(2) Where damages are claimed with respect to the death of a person, his conduct or activity excludes or reduces liability according to para. 1.

(3) The contributory conduct or activity of an auxiliary of the victim excludes or reduces the damages recoverable by the latter according to para. 1.

**TITLE V. Multiple Tortfeasors**

**Chapter 9. Multiple Tortfeasors**

**Art 9:101 Solidary and several liability: relation between victim and multiple tortfeasors**

(1) Liability is solidary where the whole or a distinct part of the damage suffered by the victim is attributable to two or more persons. Liability is solidary where:

a) a person knowingly participates in or instigates or encourages wrongdoing by others which causes damage to the victim; or

b) one person's independent behaviour or activity causes damage to the victim and the same damage is also attributable to another person.

c) a person is responsible for damage caused by an auxiliary in circumstances where the auxiliary is also liable.

(2) Que la exoneración de responsabilidad objetiva sea total o parcial y, en caso de reducción, su extensión, dependen, de una parte, de la importancia de la influencia externa y, de otra, del alcance de la responsabilidad (artículo 3:201).

(3) En el caso de la reducción prevista en el apartado (1)(b), la responsabilidad objetiva y cualquier tipo de responsabilidad del tercero son solidarias conforme a lo dispuesto en el artículo 9:101 (1)(b).

**Capítulo 8. Conducta o actividad concurrente**

**Art. 8:101. Conducta o actividad concurrente de la víctima**

(1) Puede excluirse o reducirse la responsabilidad en la medida en que se considere justo en atención a la culpa concurrente de la víctima y a cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera la causante del daño.

(2) Si se solicita la indemnización con relación a la muerte de una persona, su conducta o actividad excluye o reduce la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el apartado 1.

(3) La conducta o actividad concurrente de un auxiliar de la víctima excluye o reduce la indemnización que ésta puede reclamar a conforme a lo dispuesto en el apartado 1.

**TÍTULO V. Pluralidad de causantes del daño**

**Capítulo 9. Pluralidad de causantes del daño**

**Art. 9:101 Solidaridad y parciariedad: relación entre la víctima y la pluralidad de causantes del daño**

(1) La responsabilidad es solidaria si todo el daño sufrido por la víctima o una parte diferenciada del mismo es imputable a dos o más personas. La responsabilidad será solidaria si:

a) una persona participa a sabiendas en la actuación ilícita de otros que causa daño a la víctima, o la instiga o estimula;

b) el comportamiento o actividad independiente de una persona causa daño a la víctima y el mismo daño es también imputable a otra persona;

c) una persona es responsable por el daño causado por un auxiliar en circunstancias tales que también el auxiliar es responsable.

(2) Where persons are subject to solidary liability, the victim may claim full compensation from any one or more of them, provided that the victim may not recover more than the full amount of the damage suffered by him.

(3) Damage is the same damage for the purposes of paragraph (1)(b) above when there is no reasonable basis for attributing only part of it to each of a number of persons liable to the victim. For this purpose it is for the person asserting that the damage is not the same to show that it is not. Where there is such a basis, liability is several, that is to say, each person is liable to the victim only for the part of the damage attributable to him.

**Art 9:102 Relation between persons subject to solidary liability**

(1) A person subject to solidary liability may recover a contribution from any other person liable to the victim in respect of the same damage. This right is without prejudice to any contract between them determining the allocation of the loss or to any statutory provision or to any right to recover by reason of subrogation [cessio legis] or on the basis of unjust enrichment.

(2) Subject to paragraph (3) of this Article, the amount of the contribution shall be what is considered just in the light of the relative responsibility for the damage of the persons liable, having regard to their respective degrees of fault and to any other matters which are relevant to establish or reduce their liability. A contribution may amount to full indemnification. If it is not possible to determine the relative responsibility of the persons liable they are to be treated as equally responsible.

(3) Where a person is liable for damage done by an auxiliary under Article 9:101 he is to be treated as bearing the entire share of the responsibility attributable to the auxiliary for the purposes of contribution between him and any tortfeasor other than the auxiliary.

(4) The obligation to make contribution is several, that is to say, the person subject to it is liable only for his apportioned share of responsibility for the damage under this Article; but where it is not possible to enforce a judgment for contribution against one person liable his share is to be reallocated among the other persons liable in proportion to their responsibility.

(2) Cuando varias personas se hallan sujetas a responsabilidad solidaria, la víctima puede reclamar toda la indemnización de una o varias de ellas, con tal que no obtenga mayor indemnización que la correspondiente al importe total del daño sufrido.

(3) Se considera que un daño es el mismo daño a los efectos del apartado (1)(b) anterior si no existe una base razonable para imputar sólo una parte del mismo a cada una de las personas responsables ante la víctima. A tal efecto, la persona que afirma que el daño no es el mismo soporta la carga de la prueba. Si tal base razonable existe, la responsabilidad es parciaria, es decir, cada persona responde ante la víctima sólo por la parte del daño que le es imputable.

**Art. 9:102 La relación entre las personas sujetas a responsabilidad solidaria**

(1) La persona sujeta a responsabilidad solidaria tiene derecho de regreso frente a cualquier otra persona que sea responsable ante la víctima por el mismo daño. Este derecho se establece sin perjuicio de lo que disponga sobre la distribución de la pérdida cualquier contrato celebrado entre ellas o cualquier disposición legal o de un derecho de reembolso en virtud de la subrogación [cessio legis] o con base en el enriquecimiento injusto.

(2) De acuerdo con lo dispuesto en el apartado (3) de este artículo, la cuota de ese derecho de regreso será la que se considere justa a la luz de las respectivas responsabilidades por el daño, en consideración a sus culpas respectivas y a cualquier otro aspecto relevante para establecer o reducir la responsabilidad. El importe del regreso puede ascender al importe total de la indemnización. Si no puede determinarse la responsabilidad que corresponde a cada una de las personas responsables, se considerarán responsables por igual.

(3) Si una persona es responsable por el daño causado por un auxiliar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9:101, se considerará responsable por toda la cuota imputable al auxiliar a los efectos de distribuir la responsabilidad entre él y cualquier otro causante del daño distinto de dicho auxiliar.

(4) La obligación de responder en vía de regreso por la parte respectiva es parciaria, es decir, la persona obligada responde sólo por la cuota de responsabilidad que, según este artículo, le corresponda por el daño; pero si no puede ejecutarse la sentencia que establece la condena de la persona responsable del daño en vía de regreso, su parte debe ser redistribuida entre las demás en proporción a sus respectivas cuotas.

## TITLE VI. Remedies

## Chapter 10. Damages

### *Section 1. Damages in general*

#### Art. 10:101. Nature and purpose of damages

Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.

#### Art. 10:102. Lump sum or periodical payments

Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate with particular regard to the interests of the victim.

#### Art. 10:103. Benefits gained through the damaging event

When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.

#### Art. 10:104. Restoration in kind

Instead of damages, restoration in kind can be claimed by the injured party as far as it is possible and not too burdensome to the other party.

### *Section 2. Pecuniary damage*

#### Art. 10:201. Nature and determination of pecuniary damage

Recoverable pecuniary damage is a diminution of the victim's patrimony caused by the damaging event. Such damage is generally determined as concretely as possible but it may be determined abstractly when appropriate, for example by reference to a market value.

## TÍTULO VI. Remedios

## Capítulo 10. Indemnización

### *Sección 1. Indemnización en general*

#### Art. 10:101. Naturaleza y objeto de la indemnización

La indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño.

#### Art. 10:102. Suma alzada o renta periódica

La indemnización se otorga mediante suma alzada o renta periódica según resulte apropiado en atención, de modo especial, a los intereses de la víctima.

#### Art. 10:103. Beneficios obtenidos mediante el evento dañoso

Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio.

#### Art. 10:104. Reparación en forma específica

En lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte.

### *Sección 2. Daño patrimonial*

#### Art. 10:201. Naturaleza y determinación del daño patrimonial

El daño patrimonial resarcible es la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso. Por regla general, tal daño se determina de un modo tan concreto como sea posible, pero puede determinarse en abstracto, como por ejemplo con relación al valor de mercado, cuando resulte pertinente.

**Art. 10:202. Personal injury and death**

(1) In the case of personal injury, which includes injury to bodily health and to mental health amounting to a recognised illness, pecuniary damage includes loss of income, impairment of earning capacity (even if unaccompanied by any loss of income) and reasonable expenses, such as the cost of medical care.

(2) In the case of death, persons such as family members whom the deceased maintained or would have maintained if death had not occurred are treated as having suffered recoverable damage to the extent of loss of that support.

**Art. 10:203. Loss, destruction and damage of things**

(1) Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the value of the thing or the diminution in its value and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.

(2) Damages may also be awarded for loss of use of the thing, including consequential losses such as loss of business.

***Section 3. Non-pecuniary damage***

**Art. 10:301. Non-pecuniary damage**

(1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.

(2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.

**Art. 10:202. Daño corporal y muerte**

(1) En el caso de daño corporal, lo que incluye el daño a la salud física y a la psíquica si comporta una enfermedad reconocida, el daño patrimonial incluye la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica.

(2) En el caso de muerte, se considera que han sufrido un daño resarcible, en la medida de su pérdida de sostenimiento, las personas que, como los familiares, el difunto había mantenido o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido.

**Art. 10:203. Pérdida, destrucción y daño de cosas**

(1) Cuando una cosa se pierde, destruye o daña, la medida básica de la indemnización es su valor y, a estos efectos, es indiferente que la víctima quiera sustituir la cosa o repararla. No obstante, si la víctima la ha sustituido o reparado (o lo va a hacer) puede recuperar el mayor gasto si tal actuación resulta razonable.

(2) También puede resarcirse la pérdida del uso de una cosa, incluidas las pérdidas derivadas de ello, como la pérdida de negocio.

***Sección 3. Daño no patrimonial***

**Art. 10:301. Daño no patrimonial**

(1) En atención al alcance de su protección (artículo 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Este es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad. También puede resarcirse el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.

(2) En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo.

(3) In cases of personal injury, non-pecuniary damage corresponds to the suffering of the victim and the impairment of his bodily or mental health. In assessing damages (including damages for persons having a close relationship to deceased or seriously injured victims) similar sums should be awarded for objectively similar losses.

### *Section 4. Reduction of damages*

#### Art. 10:401. Reduction of damages

In an exceptional case, if in light of the financial situation of the parties full compensation would be an oppressive burden to the defendant, damages may be reduced. In deciding whether to do so, the basis of liability (Article 1:101), the scope of protection of the interest (Article 2:102) and the magnitude of the damage have to be taken into account in particular.

(3) En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica. En la cuantificación de las indemnizaciones (incluyendo las que correspondan a las personas allegadas a la víctima fallecida o que ha sufrido lesiones graves) se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares.

### *Sección 4. Reducción de la indemnización*

#### Art. 10:401. Reducción de la indemnización

En casos excepcionales, puede reducirse la indemnización si la compensación íntegra comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes. Para determinar si esta reducción procede, deberá tenerse en cuenta, de modo especial, el fundamento de la responsabilidad (artículo 1:101), el alcance de la protección del interés (artículo 2:102) y la magnitud del daño.

**INTRODUCCION**

**2) RESPONSABILIDAD CIVIL, LIBERTAD DE PROCREACION Y DERECHO DE NACER SANO. Leysser L. León.**

# Responsabilidad civil, libertad de procreación y derecho de nacer sano

Leysser L. **LEÓN***

TEMA RELEVANTE

*El autor considera que la responsabilidad civil por nacimientos no deseados o por vida no deseada tiene acogida en países en donde el aborto está permitido. Al no ser esta la situación de nuestro ordenamiento no cabe ninguna tutela resarcitoria por el nacimiento en sí mismo, pero sí podría haber responsabilidad civil por prestación sanitaria defectuosa, ya que el solo hecho de no informar debidamente a los padres puede constituir fuente de daños morales puros y daños materiales por los gastos incurridos en un control prenatal defectuoso.*

## MARCO NORMATIVO

- **Código Penal:** art. 120.

Dejaré a un lado por esta vez –para no ser repetitivo– el cuestionamiento del análisis mecánico de responsabilidad civil que plaga en preocupante medida los repertorios de jurisprudencia del Perú ("daño + causalidad + "factor de atribución" + antijuridicidad = obligación resarcitoria). Tampoco desviaré la atención de los lectores con impresiones sobre la inconfesa copia, en una sentencia de nuestro poder judicial, nada más y nada menos, de una fuente de consulta menos que confiable (Wikipedia, voz "Osteogénesis imperfecta"), desatino perpetrado en el cuarto fundamento del pronunciamiento comentado.

Este, en realidad, es un fallo que ostenta un demérito mayor: por el estudio poco cuidadoso y la exigua profundización de sus artífices se echa a perder un caso, tal vez el primero conocido en nuestro fuero civil, en el que están en juego altísimos intereses y valores humanos: la libertad (o autonomía) de procrear "responsablemente" y el cuestionado "derecho de nacer sano". La presencia de tales intereses y valores hace inevitable abordar problemas de mayor complejidad aún: el aborto y el dilema moral de la selección procreativa; problemas de una profundidad tal que el naufragio conceptual y la decisión final de los autores de la sentencia resultan hasta justificables, también –no tengo por qué silenciarlo– por la desatención de nuestra academia frente a la materia y por los males del periodismo jurídico que acapara localmente los debates de bioética.

Empezaré rechazando que pueda desestimarse a priori la pretensión de los demandantes por la mera cuantificación de los daños que proponen (25 millones de euros, aproximadamente 100 millones de nuevos soles). Lo exorbitante de la valorización "de

* Doctor en Derecho S. S. Santa Ana (Pisa, Italia). Catedrático de Derecho Privado PUCP, Universidad del Pacífico y Universidad de Piura.

parte" no debe condicionar jamás el pronunciamiento de un magistrado. Frente a una demanda como la del caso examinado, de responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones por daños conexos con la ejecución defectuosa de la prestación sanitaria el decisor tiene que centrar su atención en la infracción obligativa que se denuncia, para descartarla o confirmarla objetivamente, y luego en dilucidar la presencia de los criterios de imputación que contempla la ley (dolo o culpa).

Bajo estas premisas, ¿cuál habría sido el análisis correcto? Según se aprecia la pretensión resarcitoria es formulada concurrentemente por una persona afectada por un mal congénito (osteogénesis imperfecta o fragilidad ósea, conocida como enfermedad de Lobstein) y por sus padres, contra el hospital en que la madre se atendió durante el embarazo, contra el administrador del centro de salud (una empresa minera) y contra los médicos a cargo del tratamiento. Se invoca un haz de daños morales (en sentido estricto, a la persona y a la libertad de elección procreativa) y se postula una mala praxis profesional, así como una falta de atención médica al discapacitado por parte de la empresa empleadora de su padre.

Se señala también, sin embargo, que el nacimiento tuvo lugar en 1985, lo que provoca cierta perplejidad, porque si tal fuere el caso, la acción de los padres para demandar el resarcimiento de los daños por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones sanitarias tendría ya mucho tiempo de prescrita.

¿Cómo se habría podido fundamentar una acción de resarcimiento de daños de los padres? Este es el primer problema, porque se trata de una omisión de información o de una información inexacta de los médicos frente a los futuros padres, que en otras experiencias –no en la peruana, mucho menos en la época de los hechos– activa la tutela resarcitoria respecto de los daños morales sufridos por los familiares (no solo los progenitores, sino también los hermanos, por ejemplo), e incluso –esto es lo que se discute actualmente– de los daños materiales resultantes de haberse impedido a los padres una decisión consciente y voluntaria sobre la continuación o interrupción del embarazo al momento de conocer, bien ejecutada que fuere la prestación de salud adeudada, la enfermedad que afectará a su hijo irremediablemente.

¿Tenían reconocida esta "libertad" los padres hace casi treinta años, según nuestras leyes? ¿La tienen reconocida hoy en día? En el fallo se aprecia un interés de los jueces en subrayar, remitiéndose a la decisión de primera instancia, la inexistencia, en 1985, de normas sobre el "aborto eugenésico" (sic), figura vinculada históricamente con prácticas aberrantes de "mejoramiento" de las razas y que –en oposición a lo que se desprende de la sentencia– no ha sido ni es legal en nuestro ordenamiento jurídico (en el citado artículo 120 del Código Penal de 1991 se sigue reprimiendo con pena privativa de libertad el aborto motivado por la probabilidad de que "el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico", que no es, en términos estrictos, un aborto "eugenésico"). El enfoque de los jueces en este punto, sin perjuicio de lo anterior, es limitado, y no deja espacio para reflexionar sobre si con un hipotético reconocimiento de la legalidad del aborto en caso de malformaciones físicas detectadas en el feto se autorizaría la selección procreativa, o sea, la libertad de decidir quiénes deben nacer y quiénes no. Limitando el análisis a dicho aspecto, además, se corre el riesgo de obscurecer la identificación de la omisión de información e información defectuosa del médico como reales incumplimientos, garantizados con la tutela resarcitoria, por más que la compensación en tal caso deba circunscribirse, en observancia de nuestras leyes, a los daños materiales por los

gastos inmediatos conexos con la prestación sanitaria insatisfactoria.

Fuera de la cuestión de la prescripción –no hay referencias claras a este tema en el pronunciamiento, como ya observé–, el segundo problema es el de mayor relevancia. ¿Tiene el propio afectado por la osteogénesis imperfecta derecho a pretender un resarcimiento del médico, del centro de salud y del administrador de este por la omisión de información o información inexacta brindada a sus padres durante la gestación; omisión que, de haber sido legal el aborto en aquella época, les habría permitido ponderar la "conveniencia" de interrumpir el embarazo? ¿Cómo evitar incurrir en la contradicción de admitir un resarcimiento por "haber nacido"? ¿O se trataría, a lo mejor, de un resarcimiento por la lesión del derecho de "nacer sano"? ¿Era "no nacer" mejor que "nacer" si por "haber nacido", precisamente, es que se tiene derecho a un resarcimiento por el "daño de haber venido al mundo"?

> **"Reconocer al nacimiento, aunque sea bajo circunstancias particulares, como un 'daño resarcible', requiere responder la nada sencilla cuestión de si el venir al mundo, en ciertas condiciones, puede ser visto como lesión de un interés merecedor de tutela mediante la responsabilidad civil."**

Los autores del fallo examinado desestiman la pretensión resarcitoria de todos los actores con un inaceptable ejercicio de subsunción. Descartando con pobreza de argumentos la presencia de los supuestos "elementos" de la responsabilidad civil, concluyen que al tiempo de la atención médica a la madre del afectado era materialmente imposible determinar la malformación congénita y que los médicos a cargo del tratamiento no tienen la culpa ni, por lo tanto, están causalmente vinculados ni son "responsables" de la enfermedad. Cabe preguntarse, ante tan endeble fundamentación, si en un caso de nuestros días, cuando las nuevas tecnologías han vuelto cotidianos (lindando en lo contraproducente) los controles prenatales, la respuesta de los mismos jueces sería distinta. Aun contando con la información precisa sobre las taras que presentará un hijo ¿serían libres los padres de optar por la interrupción del embarazo? ¿No se presentaría hoy alguna hipótesis de responsabilidad civil en estos casos? ¿Si para los padres es mejor delinquir e interrumpir así el embarazo, se les causa daño a su libertad procreativa (aunque su ejercicio comporte un delito) cuando no se les brinda información exacta sobre el estado de salud del concebido?

Es constatable que la jurisprudencia foránea sobre responsabilidad civil por nacimientos "no deseados" (*wrongful birth*) o por vida "no deseada" (*wrongful life*) ha fructificado en países donde el aborto está permitido. En ausencia de esta base normativa, y fuera de juicios éticos que sería irresponsable sopesar en estos apuntes, no cabe postular ninguna tutela resarcitoria por el nacimiento en sí mismo. Pero es incorrecto, a la vez, un pronunciamiento judicial que pase por alto la responsabilidad civil derivada de una prestación sanitaria defectuosa, porque el solo hecho de no informar debidamente a los padres puede constituir una fuente de daños morales puros para ellos, es decir, de padecimiento anímico y aflicción, a cuantificarse mediante el criterio de equidad, y de daños materiales en cuanto a la obligación del médico o del centro de salud de compensarles los gastos incurridos en un control prenatal defectuoso.

Es útil conocer, en el ámbito de la comparación jurídica, que alineándose a tendencias antiguas y particulares del derecho estadounidense en cuanto a estas causas, la Corte di Cassazione italiana ha reconocido, hace poco tiempo (Sala Civil III, Sentencia Nº 1675, del 02/10/2012), el derecho del hijo nacido con discapacidad (síndrome

de Down) a ser resarcido por un centro de salud y el ginecólogo (asegurado, por cierto) que asistió a su madre durante los controles prenatales, reconociéndose como interés tutelado, para estos efectos, el que permite al afectado "atenuar, en el plano resarcitorio, las condiciones de su vida, destinada a un desenvolvimiento no plenamente libre, como se contempla en la Constitución". Para una lectura exacta de este destacado precedente, sin embargo, hay que saber que en Italia, desde hace cuatro décadas (Ley Nº 194 del 22/05/1978), como ocurre en la mayoría de los países de la Unión Europea, se reconoce el derecho de la mujer a la procreación consciente y responsable, el cual se traduce en la posibilidad de interrumpir el embarazo, en los primeros tres meses de gestación, ante "un peligro serio para su salud física o psíquica, atendiendo a su estado de salud o a sus condiciones económicas, sociales, familiares, o a las circunstancias en las que se haya producido la concepción, o a la previsión de anomalías o malformaciones del concebido". Esta decisión, además, ha sido elaborada sobre una base conceptual audaz: para admitir el resarcimiento, el concebido es considerado, declaradamente, como un "objeto" de tutela y no como "sujeto de derecho" (postulado que, con toda seguridad, haría fruncir el ceño a muchos que, entre nosotros, continúan predicando la irreal "humanización" o "personalización" de las normas del Código Civil).

En Francia, la Cour de Cassation se pronunció, igualmente, en sentido favorable al resarcimiento a favor del discapacitado, en la famosa jurisprudencia sobre el *affaire Perruche* (marzo de 1996), la cual suscitó que se modificara la normativa francesa sobre sanidad pública (mediante la no menos célebre *loi Kouchner*, del 07/03/2002), para asegurar legalmente, desde entonces y con muy criticados efectos retroactivos, que el nacimiento no puede ser considerado un daño por sí mismo, y que de los cuidados sanitarios de quien no nace sano se hace cargo la solidaridad nacional, mientras que a los padres se reconoce únicamente una reparación limitada al daño moral.

Émile Cioran, apologeta pugnaz de la vacuidad de la existencia, dice en uno de sus aforismos: "La única, la verdadera mala suerte: nacer". Otro recita así: "No nacer es sin duda la mejor fórmula que hay. Desgraciadamente, no está al alcance de nadie". Incluso estas provocaciones se vuelven merecedoras de nuevas lecturas a la luz de la jurisprudencia sobre *wrongful birth* y *wrongful life*. Reconocer al nacimiento, aunque sea bajo circunstancias particulares, como un "daño resarcible", requiere responder la nada sencilla cuestión de si el venir al mundo, en ciertas condiciones, puede ser visto como lesión de un interés merecedor de tutela mediante la responsabilidad civil y, por lo tanto, como fuente de una compensación (necesariamente) por equivalente en dinero. Y creo, tras leer los intentos de motivación de esta sentencia, que nuestra magistratura debería mantenerse alerta y prepararse desde hoy para afrontar este desafío intelectual, jurídico, ético y religioso.

## BIBLIOGRAFÍA

CIORAN, Émile, "Del inconveniente de haber nacido". Trad. de Esther Seligson, 2a. ed., Taurus, Madrid, 1998, p. 15, 187; SHIFFRIN, Seana Valentine, "Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm". En: "Legal Theory". Nº 5, 1999, p. 117 y s.;HENSEL, Wendy F., "The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions", En: "Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review". Vol. 40, 2005, p. 141 y s.; STRETTON, Dean, "The Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life". En: "Deakin Law Review". Vol. 10, 2005, p. 319 y s.; HASHILONY-DOLEV, Jael, "A Life (Un)Worthy of Living - Reproductive Genetics in Israel and Germany", Springer, Dordrecht, 2007, especialmente, cap. 7, p. 119 y s.; PERRY, Ronen. "It's a

Wonderful Life", en "Cornell Law Review". Vol. 93, 2008, p. 329 y s.;WILLIAMS, Jeremy, "Wrongful Life and Abortion". En: "Res Publica", 2010, p. 351 y s.; y KIM, Hyunseop, "The Uncomfortable Truth About Wrongful Life Cases". En: "Philosophical Studies", 2013, p. 623 y s., especialmente, p. 635 y s. Sobre la experiencia italiana: FEOLA, Maria, "Il danno da perdita di chances", ESI, Nápoles, 2004, p. 293 y s.; FAMULARO, Leonilde, "Il danno ingiusto della nascita". En: "Giustizia Civile". Año LV, 2005, p. 2403 y s.; AMATO, Salvatore, "Il diritto alla vita e ilpoteresulla vita". En: "Persona y Derecho", Nº 60, 2009, p. 169 y s.; DI CIOMMO, Francesco, "Giurisprudenza-normativa e 'diritto a non nascere se non sano'. La Corte di Cassazione in vena di revirement?". En: "Danno e Responsabilità", febrero de 2010, p. 144 y s. MONATERI, Pier Giuseppe, "Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile". En: "Il Corriere Giuridico", enero de 2013, p. 59; CACACE, Simona, "Il giudice 'rottamatore' e l'enfant préjudice". En: "Danno e Responsabilità", febrero de 2013, p. 139 y s.; MUCCIOLI, Nicoletta, "Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico". En: "I Contratti", junio de 2013, p. 563 y s.; sobre la experiencia francesa: PENNEAU, Jean. "La responsabilité du médecin", 3ª edición, Dalloz, París, 2004, pp. 29-30; FEUILLET, Brigitte, "The Perruche Case and French Medical Liability". En: "Drexel Law Review". Vol. 4, 2011, p. 139 y s.;y BACACHE-GIBEILI, Mireille, "Les obligations - La responsabilité civile extracontractuelle". 2ª edición. En: "Traité de droit civil suous la direction de Christian Larroumet". Economica, París, 2012, p. 865 y s. Sobre la experiencia española hasta el 2010, por todos: MACÍA MORILLO, Andrea. "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life". En: "Revista Chilena de Derecho Privado", Nº 12, 2009, p. 167 y s.; y ROMERO COLOMA, Aurelia María. "Las acciones de wrongful birthy wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica". En: "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario". N° 722, 2010, p. 2559 y s. En España ha sido objeto de contrastantes comentarios la sentencia de un juez de Palma que, en mayo de 2012, impuso a una clínica y a un ginecólogo el abono de un resarcimiento de 430,000 euros (casi un millón y medio de nuevos soles) a favor de una mujer que había contratado (lícitamente) el servicio de interrupción del embarazo. En el fallo se precisa que el resarcimiento consiste en la obligación de los responsables del wrongful birth de cubrir económicamente la manutención y educación del menor hasta que cumpla 25 años. Me pregunto si cuando alcance la mayoría de edad, el hijo podrá o no demandar a su progenitora por el daño moral derivado de conocer que su propia existencia y los recursos económicos para su subsistencia se deben a un aborto fallido.

Entre nosotros, con información circunscrita al derecho español, aunque sin identificar el marco legal de las sentencias emitidas en aquella experiencia: GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos, "Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones por wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta)". En: "Derecho y Cambio Social". Nº 29, 2012, disponible en http://www.derechoycambiosocial.com. En el Congreso de la República, hace algún tiempo, en el marco de los trabajos de una Comisión Revisora del Código Penal, se discutió sobre la posibilidad de despenalizar el aborto en caso de que los controles prenatales revelaran certeramente malformaciones del feto. Finalmente, es de recordar que hace diez años, ante una instancia internacional, el Comité de Derechos Humanos de la Unesco (Comunicación Nº 1153/2003), el Estado peruano fue condenado a otorgar un resarcimiento a una mujer a la que no se practicó un aborto (terapéutico) pese a que en el Hospital "Arzobispo Loayza" de Lima el médico a cargo de

su tratamiento le había anunciado tempranamente que daría a luz a un niño anencefálico, con nulas posibilidades de sobrevivir, y que proseguir el embarazo en dichas condiciones era riesgoso para la gestante, que tenía apenas 17 años. Dado que el director del centro de salud público se negó a interrumpir la gestación, la denunciante tuvo que culminar el embarazo, pero el neonato, como se había anticipado, falleció cuatro días después de nacer. El Comité consideró que de esta forma se violó el artículo 17 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (que reprime las injerencias en la vida privada); infracción que la denunciante presentó, empero, como un atentado contra el ejercicio de su "derecho a decidir de manera autónoma sobre su vida reproductiva".

# Nacimiento de menor con enfermedad congénita no genera responsabilidad médica

SUMILLA

*No existe responsabilidad civil de los médicos que no detectaron una enfermedad congénita antes del nacimiento de un menor, ya que no había libertad de elegir la interrupción del embarazo, por no estar permitido el aborto eugenésico, de modo que no hubo mala praxis ni la enfermedad se produjo por negligencia médica.*

## JURISPRUDENCIA

**SALA CIVIL** : Sede Central
**EXPEDIENTE** **:** N° 00001-2013-0-2301-SP-CI-01
**MATERIA** **:** Indemnización
**RELATORA** **:** Macarena Liendo
**DEMANDADOS** **:** Southern Perú Copper y otros
**DEMANDANTES :** C. DE H. F. y otros

**RESOLUCIÓN N° 55**

**SENTENCIA DE VISTA**

Tacna, doce de julio del dos mil trece

**Vistos:** Interviniendo como Ponente el señor Luis Antonio Ayca Gallegos en los seguidos por S.H.C., F.C.V. de H. y F.H.N. en contra de la Empresa Southern Perú Copper Corporation, Hospital de Toquepala, Médico J.M.R.C.F., sobre daños y perjuicios por responsabilidad de mala praxis y daño médico y por daño moral y daño a la persona; con informe oral.

**Objeto del recurso.-** Es materia de revisión por el colegiado la sentencia, contenida en la resolución número cuarenta y tres, de fecha dieciséis de julio del dos mil doce, que declara infundada la demanda de folios veinte a treinta y cuatro sobre indemnización por daños y perjuicios por mala praxis y daño médico, por daño moral y daño personal y daño a la libertad de elección, postulada por F.H.N., F.C.V. y S.H.C. contra Southern Peru Copper Corporation, Hospital de Toquepala, J.M.R.C.F. y como litisconsorte necesario E.G.R.P. Sin costas ni costos.

**Pretensión impugnatoria**.- Que a folios setecientos noventa y siguientes, S.H.C. y otros, interponen recurso de apelación, alegando, que el a quo no ha motivado debidamente su resolución, pues el principio de la motivación escrita de las resoluciones propugna un adecuado razonamiento jurídico y la coherencia interna de los resultados del trabajo del juez. Que la recurrida le causa agravio al no haberse pronunciado respecto a la enfermedad de osteogénesis imperfecta, producida por la mala praxis del médico tratante, además que la Empresa Southern nunca le dio un tratamiento adecuado para su enfermedad.

**FUNDAMENTOS:**

**Antecedentes**

**Primero**.- Que S.H.C., F.C.V. y F.H.N. interponen demanda por daños y perjuicios por responsabilidad de mala praxis y daño médico para que los demandados le abonen veinticinco millones de euros y en forma acumulativa solicita la indemnización por daño moral, a la persona y a la libertad de elección, la suma de veinticinco millones de euros, con base en los siguientes hechos: A) Que F.H.N. es trabajador de la Empresa Southern Peru Copper Corporation contrae matrimonio con F.C.V., quien queda embarazada

aproximadamente en noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, siendo atendida por el médico J.C.F. quien trabaja como médico ginecoobstetra en el Hospital de Toquepala del Asiento Minero de Toquepala. B) Que S.H.C. nació el veinticuatro de julio de mil ochenta y cinco, por parto normal, presentando desde su nacimiento encogimiento de extremidades inferiores con deformidad en arcos de muslos, fracturas intrauterinas múltiples en costillas y miembros inferiores, lo que ha llevado a determinar el diagnóstico médico que padece de **osteogénesis imperfecta**. C) Que la responsabilidad del médico es de formular la historia clínica de F.C.V. donde constan los antecedentes de su embarazo, de la enfermedad y su sintomatología, que se le debió informar el estado del feto a las catorce semanas de su gestación, habérsele practicado la ecografía respectiva que en el año mil novecientos ochenta y cinco, ya era una práctica común en los hospitales y clínicas. D) El daño que puede acarrear una responsabilidad del médico puede darse en las etapas del diagnóstico, se puede causar daño cuando el médico no recomendó realizar las pruebas de laboratorio o de investigación, a lo que se debe agregar que el Hospital de Toquepala, debió haber contado con los equipos auxiliares necesarios para una debida atención. Que a folios ciento cuarenta y uno a ciento cincuenta y cinco Southern Perú Copper Corporation absuelve el traslado de la demanda, indicando que la demandante fue atendida durante el embarazo en el Hospital de Toquepala, que por la naturaleza de la enfermedad no se podía establecer en el año mil novecientos ochenta y cinco que S.H.C. padecía dicha enfermedad, además en esa época no se podía practicar un aborto eugenésico pues estaba considerado como delito, que no existe un nexo causal entre la enfermedad que padece con el daño moral. Que a folios ciento setenta y ocho a ciento noventa y dos J.M.R.C.F., indicando que nos encontramos dentro de la responsabilidad contractual, y que solo se indemniza el daño moral en cuanto sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional por parte del deudor.

**Segundo**.- Que se advierte de la revisión de autos, que los puntos controvertidos, son los siguientes: **a)** determinar si la empresa Southern Perú ha causado daños y perjuicios por responsabilidad de mala praxis y daño médico, daño moral y daño en la persona, daño a la libertad de elección de S.H.C. **b)** determinar si el nacimiento de S.H.C. con el mal que lo aqueja, **es consecuencia de una negligencia médica por parte de los médicos del Hospital de Toquepala**. Con respecto a la negligencia médica esta debe ser probada por los demandantes, pues ellos asumen la carga probatoria.

**Tercero.- Elementos constitutivos de la responsabilidad civil.- A) la ilicitud o antijuridicidad**.- vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico. **B) factor de atribución**.- el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto. **C) el nexo causal**.- concebido con la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido. **D) el daño**.- que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

**Cuarto.- Responsabilidad Civil**.- Entonces, a fin de poder resolver la presente causa, debemos tener en cuenta que para que exista responsabilidad civil deben concurrir los siguientes elementos: **a)** Antijuridicidad, **b)** daño, **c)** relación de causalidad entre el daño y el hecho y **d)** factor de atribución. Para efectos de emitir pronunciamiento en el presente proceso debe resaltarse que, conforme prescripción del artículo 1985 del citado Código Civil, debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; es decir, se opta, legalmente, por la teoría de la causalidad adecuada (Cas. N° 3230-00-Ayacucho). Conforme a ella, en el presente caso, se trata de establecer si, realizadas las conductas que se atribuyen a los demandados concurren los elementos de la responsabilidad aludidos y, particularmente, si existe un nexo de causalidad entre aquellas y el resultado dañoso que se afirma.

**Quinto**.- **Responsabilidad Civil Contractual**.- Que la Responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas **incumple su prestación contractual** y ello provoca daños. Es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano. Así también el artículo 1321 del Código Civil, señala "queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (...) si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa

leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

**Sexto**.- **Responsabilidad Civil de los médicos.-** Que con respecto a la **antijuridicidad**, es la ilicitud del hecho dañoso o la violación de la regla genérica que impone el deber de actuar de tal manera que no se cause daño a los demás, que en el presente caso, se tiene que el daño demandado, es la enfermedad que sufre el demandante S.H.C. –osteogénesis imperfecta– enfermedad que se presenta al nacer, que se caracteriza por una fragilidad de hueso excesiva, como consecuencia de una **deficiencia congénita** en la elaboración de una proteína, el colágeno. Quienes portan el defecto tienen menos colágeno de lo normal o es de una menor calidad y como es una proteína importante en la estructura de los huesos, causa una fragilidad y debilidad poco usual de los huesos. **El diagnóstico es radiológico**. Solo se manifiesta la enfermedad si el individuo lleva las dos copias del gen alteradas, por lo que **solo se transmite la enfermedad si ambos padres pasan una copia mutada del gen,** cosa que puede suceder aunque ellos no padezcan la enfermedad. La mayoría de los casos de osteogénesis imperfecta se heredan de los padres. De lo anteriormente mencionado se tiene que la enfermedad del demandante no se debe a una negligencia grave médica, pues como se ha señalado, si al demandante actualmente le aqueja dicha enfermedad, ello se debe a una alteración congénita, heredada de sus padres, mas no por una mala praxis de los médicos que atendieron a F.C.V. de H. (madre del demandante). Con respecto a que se debió ordenar se realice ecografías a la demandante F.C.V. de H., durante el desarrollo del embarazo, se tiene que se ha probado, que en la etapa de gestación el Hospital de Toquepala no contaba con dichos equipos, para tomar la ecografía, para advertir tales deformidades. Entonces concluimos que no se ha infringido ningún deber médico, conforme se observa de la historia clínica que obra a folios catorce, no siendo responsable el médico de la enfermedad que hoy sufre el demandante S.H.C.

**Daño,** son las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado, ello se encuentra acreditado a folios trece, con el certificado otorgado por el Dr. R.S.V. –Jefe del Servicio de Medicina de Southern Perú Copper Corporation–, el mismo que certifica que S.H.C. sufre de Osteogénesis Imperfecta, lo cual le produce una incapacidad permanente.

**Relación de causalidad entre el daño y el hecho,** se formula un juicio a fin de considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir o regular normalmente, un resultado. Se tiene de autos, que se le atribuye a los médicos J.M.C.F. (médico que atendió a F.C.V. de H. durante la etapa de gestación) y E.R.P. (médico que atendió a S.H.C. desde su nacimiento hasta mil novecientos noventa) no haber detectado oportunamente la enfermedad a través de una ecografía o prueba de amniocentesis, para así poder optar –los padres– por el aborto eugenésico. Que el a quo ha motivado debidamente este aspecto, conforme se puede observar del punto 25 de la sentencia (folios setecientos ochenta y dos), indicando que "la gestante no podría tampoco haber decidido interrumpir dicho embarazo, pues a esa fecha, no estaba legislado el aborto eugenésico, incorporado recién al Código Penal, a través del artículo 120 en el año 1991". En tal razón, concluimos que si bien la enfermedad de S.H.C. persiste a la fecha, ello no significa que se deba al tratamiento médico dado, o porque no se haya realizado la ecografía o una amniocentesis, sino que se trata de una enfermedad congénita heredada por los genes de sus padres.

**Factor de atribución**, este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, el cual está constituido por la culpa o el dolo con la que se obró, sin embargo, se desprende de autos, que no existe dolo o culpa en los médicos, pues no es su responsabilidad el nacimiento del demandante con dicha enfermedad. Conforme lo anteriormente expresado, se concluye que no existe responsabilidad civil de los demandados, ya que no cumple las condiciones para que sean responsables de la enfermedad que padece S.H.C., al no existir conducta contraria a derecho, ni relación entre la determinación de la causa y las consecuencias dañosas.

**Sétimo**.- El colegiado estima que al no estar establecida la responsabilidad civil de los médicos, tampoco se puede establecer la responsabilidad de su empleadora Southern Perú Copper Corporation ni de su Hospital de Toquepala, en consecuencia ello imposibilita pronunciarse sobre el daño moral y daño a la persona. Así también se debe tener

presente que la sentencia emitida por el a quo se encuentra debidamente motivada, habiendo determinado claramente las razones por las cuales no existe un nexo causal entre la enfermedad del demandante S.H.C. y el obrar del médico codemandado J.M.R.C.F., lo que imposibilita determinar una responsabilidad civil.

Por tales consideraciones, conforme al artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

**SE RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia, contenida en la resolución número cuarenta y tres, de fecha dieciséis de julio del dos mil doce, que declara infundada la demanda de folios veinte a treinta y cuatro sobre indemnización por daños y perjuicios por mala praxis y daño médico, por daño moral y daño personal y daño a la libertad de elección, postulada por F.H.N., F.C.V. y S.H.C. contra Southern Perú Copper Corporation, Hospital de Toquepala, J.M.R.C.F. y como litisconsorte necesario E.G.R.P. Sin costas ni costos. Con lo demás que contiene.

SS. ZEGARRA RAMÍREZ; AYCA GALLEGOS; RAMOS VARGAS

INTRODUCCION

3) PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD JURIDICA (ANALISIS DE LA RELACION ENTRE LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD). Fernando Molina Fernández.

# Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad) (*)

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

*La invención de los mitos y de las religiones, la construcción de vastos sistemas filosóficos, son el precio que el hombre debe pagar para sobrevivir como animal social sin caer en un puro automatismo.*

JACQUES MONOD
(*El azar y la necesidad*)

SUMARIO: I. Responsabilidad. 1. Dos significados de responsabilidad: *a)* Responsabilidad como originación del hecho. *b)* Responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica. 2. Relación con términos afines: *a)* Imputación. *b)* Culpabilidad. *c)* Acción. *d)* Causalidad. 3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica: *a)* Criterios de utilidad cuantitativos. *b)* Criterios basados en una justa distribución de cargas y beneficios: 1.º Responsabilidad jurídica merecida; 2.º Responsabilidad equitativa. *c)* Conflictos entre utilidad y justicia distributiva. II. Responsabilidad subjetiva y libertad. 1. Responsabilidad y capacidad de actuar de manera distinta. 2. ¿Determinismo?; ¿indeterminismo?; ¿azar?: la visión científica de la realidad y sus implicaciones en el concepto de responsa-

(*) Con algunas modificaciones menores, este artículo se corresponde con el inicialmente publicado en Fernando Pantaleón (ed.), *La Responsabilidad en el Derecho*, número monográfico del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 (2000), pp. 57-137. Agradezco al Consejo de Redacción del Anuario de la UAM su autorización para la reimpresión.

bilidad subjetiva: *a)* El principio causal; *b)* Determinismo; *c)* Indeterminismo, crítica al libertarismo; *d)* Otras soluciones propuestas: 1.º Poder medio; 2.º Presunción normativa de libertad; 3.º Compatibilismo clásico; 4.º Negación de la libertad como base de la responsabilidad. 2. Hacia una solución ecléctica: *a)* Introducción; *b)* ¿Es la libertad un error de percepción?; *c)* Una teoría empírica de la libertad: 1.º Libertad y perspectiva interna; 2.º Libertad, determinismo y fatalismo; 3.º Libertad y responsabilidad subjetiva.

La finalidad de este trabajo es analizar el concepto de responsabilidad, y en particular la responsabilidad jurídica y su relación con la responsabilidad subjetiva o moral. Está dividido en dos partes relativamente independientes. Objetivos de la *primera* son, en primer lugar, precisar los diferentes significados del término, especialmente en la teoría jurídica, y mostrar su relación con otros términos afines habitualmente utilizados, como imputación, culpabilidad, causalidad o acción; en segundo lugar, delimitar los criterios prácticos y de justicia que sirven para fundamentar la responsabilidad jurídica, entre los que el más importante es la realización del hecho en condiciones que permitan considerar subjetivamente responsable (culpable) al autor, y por ello merecedor de la consecuencia jurídica que se le aplica.

En la *segunda* parte se analiza el concepto de responsabilidad subjetiva y se discute el tradicional problema de su compatibilidad o incompatibilidad con la posible estructura determinada del mundo. La finalidad última de esta parte es ofrecer una explicación de la responsabilidad subjetiva coherente con la explicación científica; compatible con la tradición filosófica que ve al hombre como agente moral; y, principalmente, capaz de servir de presupuesto legitimador de la aplicación de consecuencias jurídicas gravosas tomando como base criterios de justicia distributiva. En Derecho penal, ello tendría aplicación sobre todo a la hora de brindar una fundamentación material a la culpabilidad y a la pena.

## I. RESPONSABILIDAD

### 1. **Dos significados de responsabilidad**

Pocos términos son de uso tan frecuente en la teoría del derecho, en las ciencias sociales en general y en el propio lenguaje or-

dinario como el de responsabilidad. Ello se debe, seguramente, a que con él se alude a algo tan básico como la posición del ser humano como *agente* en el mundo que le rodea, que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones. Pero bajo este genérico, y forzosamente vago, criterio aunador son distintos los significados con los que se utiliza en el lenguaje ordinario esta expresión. En un conocido ensayo, Hart ha identificado cuatro (1): responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social *(Role-Responsibility);* responsabilidad como antecedente causal de un hecho *(Causal-Responsibility);* responsabilidad como sometimiento *(Liability-Responsibility,* que puede ser legal o moral); y responsabilidad como capacidad *(Capacity-Responsibility).*

Sin negar valor a esta clasificación, creo que los cuatro usos del término que ha identificado Hart, y otros que se han sugerido (2), pueden ordenarse en torno a dos significados principales, que tienen en común el hecho, situación o acontecimiento básico por el que se responde, y que apuntan a dos cuestiones en principio distintas, pero estrechamente conectadas. El primer grupo de significado mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta en-

(1) «Responsibility and Retribution», «Postscript» a *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1970), pp. 210 ss.

(2) Por ejemplo, Alf Ross ha distinguido entre «responsabilidad de rendir cuentas», que en el lenguaje ordinario se asocia a la expresión «tener la responsabilidad sobre», y «responsabilidad de condena», que traduce la usual expresión «ser responsable de», aunque esta última también se emplea en el otro sentido –*Colpa, responsabilità e pena* (Milán: Giuffrè, 1972), (traducción de Birgit Bendixen y Pier Luigi Lucchini del original en danés, *Skyld, ansvar og straf,* Copenhague: Berlingske Forlag, 1970), pp. 34 ss.–. Aunque en principio podría tratarse de una distinción próxima a la clásica entre responsabilidad prospectiva –en la línea de la Role-Responsibility de Hart– y retrospectiva –similar a la *Liability-responsibility*–, la forma en la que Ross desarrolla la distinción la hace poco clara. Así, la relaciona con distinciones procesales –ser justamente acusado frente a ser justamente condenado (p. 34)– y materiales –referirse a los presupuestos objetivos de la condena o a los subjetivos (p. 35)–, distinciones que ni concuerdan necesariamente entre ellas, ni con la de responsabilidad prospectiva y retrospectiva, a la que parece aludir la denominación utilizada. Sobre esta última distinción, por ejemplo, A. Heller –*Ética general* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995; traducción de Ángel Rivero Rodríguez del original en inglés, *General Ethics*), pp. 91 ss.–, que apunta que es «tan vieja y se da tan por sentado que con frecuencia ha esquivado el examen», cit., p. 93).

contrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean «responsables» de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quién o quiénes deben «responder» de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho. Para evitar posibles equívocos, utilizaré ocasionalmente la expresión «responsabilidad$_1$» para el primer grupo y «responsabilidad$_2$» para el segundo.

La distinción de estos dos planos no es habitual en los análisis sobre la responsabilidad. Más bien es frecuente que ambas cuestiones se traten conjunta e indiferenciadamente. Ello se debe seguramente a la existencia de un indudable puente de conexión entre los dos significados. El primer y más importante criterio para responder de un hecho es ser el responsable de él. En este caso coincidirían los sujetos de la imputación de cada uno de los juicios, lo que seguramente explica que hayan acabado compartiendo un mismo término. Pero la conexión de ambos significados es contingente. Ser responsable no es condición suficiente ni necesaria para responder de un hecho. Ello se ve especialmente bien en el derecho, donde la responsabilidad jurídica puede ser por completo independiente de la responsabilidad subjetiva, pero no en la filosofía moral, donde van entrelazadas. La independencia de los dos significados aconseja entonces examinarlos inicialmente por separado.

### a) *Responsabilidad como originación del hecho*

El primer significado alude a la conexión entre el hecho y otros hechos antecedentes que guardan con aquél una relación que podríamos denominar *genética*. «Relación causal» podría ser también una expresión para describir este vínculo entre acontecimientos, si no fuera porque hoy mayoritariamente esta expresión se utiliza sólo para una subclase dentro de lo que aquí denomino conexión genética.

En este primer sentido, cuando preguntamos quién o qué es responsable de un hecho queremos identificar otros hechos antecedentes que de alguna forma expliquen la existencia de aquél. Por ello, otra posible denominación para este vínculo es la de conexión *explicativa*. Habitualmente los antecedentes a los que se ancla la responsabilidad son comportamientos humanos, y dentro de ellos los que reúnen ciertas condiciones que permiten una imputación subjetiva, pero es cierto que en el lenguaje ordinario también se

aplica en ocasiones el término a cualquier antecedente causal del hecho, sean comportamientos humanos involuntarios o incluso meros hechos naturales –por ejemplo, cuando se afirma que el «responsable» del fallecimiento de A fue el cáncer que padecía.

Por ello, en este primer grupo de significado, y atendiendo al tipo de vínculo que se establezca entre los antecedentes y el hecho, pueden a su vez distinguirse varios usos conexos pero parcialmente diferentes de la expresión responsabilidad. Los dos más habituales serían, por un lado la conexión meramente causal entre el hecho y sus antecedentes (responsabilidad como causalidad, lo que en el esquema de Hart coincide con la *Causal-Responsibility*); por otro la conexión subjetiva o conexión a la culpabilidad, característica de la a su vez denominada responsabilidad subjetiva o responsabilidad moral. Estas dos conexiones representan de alguna manera los dos extremos del campo semántico de la responsabilidad por originación, pero son concebibles a su vez otros niveles intermedios que requieran algo más que la mera conexión de causalidad, pero algo menos que la de culpabilidad. Ello se percibe de manera especialmente nítida al examinar algunos de estos niveles que han aparecido en la evolución histórica de la teoría del delito en Derecho penal.

Simplificando, aunque al final la responsabilidad penal es siempre responsabilidad culpable (al menos en los sistemas que siguen la tradición de la doctrina germánica), es tradicional distinguir dentro de los presupuestos de la responsabilidad entre aquellos que definen la antijuridicidad de la acción y los que afectan a la culpabilidad (3). El reparto de elementos en ambas categorías refleja, entre otras cosas, el reconocimiento de diferentes niveles de imputación del hecho a acciones causantes. Tradicionalmente, en la teoría causal, dominante a comienzos del siglo XX, la antijuridicidad se centraba en la nuda causalidad y la culpabilidad en la imputación subjetiva. Sin embargo, ya desde el principio se pusieron de relieve las dificultades de mantener para la imputación un concepto científico de causalidad y muchos autores aceptaron un concepto jurídico, como el propuesto por la teoría de la adecuación. Como más adelante se demostraría, ello no hacía más que fundir dos niveles de imputación, el de la pura causalidad y el de la después denominada imputación objetiva. Un nuevo nivel de imputación surge con la teoría finalista al desplazar desde la culpabilidad al tipo de injusto el

(3) Prescindo de las particularidades que introduce en este esquema la tipicidad.

dolo y la imprudencia, que pasan a constituir el denominado tipo subjetivo. Por último, la evolución más reciente muestra un renovado interés por el tipo objetivo (sin que ello signifique abandonar la construcción del tipo subjetivo propuesta por el finalismo), en el que se reconocen explícitamente los dos niveles de imputación latentes en la teoría de la adecuación, la causalidad, entendida en un sentido naturalista, y la imputación objetiva, con un contenido marcadamente jurídico centrado en la peligrosidad *ex ante* de la acción (4).

Esto significa que son hoy muchos los autores que reconocen al menos cuatro niveles, jerárquicamente ordenados (los posteriores se construyen *añadiendo* un elemento nuevo a los precedentes, y, por ello, los engloban), de vinculación entre el acto humano y el resultado que se le quiere imputar: en primer lugar la causalidad de la acción humana, entendida en un sentido exclusivamente científico como vinculación conforme a leyes naturales; en segundo lugar la imputación objetiva, como vínculo normativo en el que se atiende a si el resultado es, además de causado, la concreción del peligro jurídicamente desaprobado que encierra la acción o si ésta es la frustración de una expectativa social fijada en un rol; en tercer lugar, al menos en el delito doloso (5), el hecho objetivamente imputable debe ser además efecto del dolo (natural, referido al hecho, pero no

(4) Pero incluso el esquema puede hacerse más complicado si se repara en que, por ejemplo, en el primer nivel puede distinguirse la mera causalidad de cualquier tipo de acontecimiento y la causalidad de las acciones humanas, y en el segundo, en la imputación objetiva, caben a su vez diversos subniveles según como se fijen las bases del juicio de peligro: por los conocimientos públicos de toda la humanidad; por los de un hombre medio del círculo del autor; por los del hombre medio complementados con los superiores del autor; por los del propio autor, etc.

(5) En la imprudencia la solución doctrinal resulta inconsecuente porque el elemento que se desplaza desde la culpabilidad al injusto es la infracción del deber objetivo de cuidado, que en realidad no es otra cosa que el análisis de la peligrosidad de la acción tal y como lo realiza la teoría de la imputación objetiva, con lo cual en el tipo imprudente, según la doctrina penal mayoritaria, no habría realmente tipo subjetivo. En este caso los niveles de imputación serían sólo tres: causalidad de la acción; imputación objetiva/infracción del deber objetivo de cuidado; y culpabilidad. Esta insatisfactoria situación pretende ser modificada por quienes reclaman la presencia de un tipo subjetivo o quienes entienden que el tipo imprudente entraña la infracción del deber *subjetivo* de cuidado. Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (Barcelona: JMBosch, 2001), pp. 471 ss. y 712 ss.

al conocimiento de la antijuridicidad) del autor que se erige en elemento central del tipo subjetivo; por último, al vínculo de tipicidad objetivo-subjetiva se suman el resto de los elementos de la imputación subjetiva examinados en la culpabilidad, lo que permite afirmar la presencia de un vínculo de imputación completo. En una imagen gráfica, los niveles inferiores de imputación serían algo así como las sucesivas capas de la cebolla, que representaría la imputación subjetiva completa. Aunque para la responsabilidad penal son todos necesarios, la distinción no sólo cumpliría una función analítica, sino práctica. La separación de antijuridicidad y culpabilidad, por ejemplo, se ha vinculado siempre al correcto tratamiento de cuestiones como la participación, la posibilidad de defenderse legítimamente, la aplicación de medidas de seguridad o la propia responsabilidad civil (6), y actualmente comienza a haber voces que apuntan en la línea de vincular efectos distintos a hechos causales pero atípicos según lo sean por falta de imputación subjetiva u objetiva (7).

Este breve examen de la teoría penal muestra que efectivamente son diversos los niveles en los que puede fijarse la vinculación entre una acción y un resultado, y los juristas han recurrido a muchos de ellos. Ello pone de relieve que la responsabilidad jurídica puede ser más o menos exigente en los criterios de imputación a los que liga sus consecuencias. Puede ser el hecho plenamente culpable, pero también el doloso, o el que permita la imputación objetiva, o simplemente el causal. Es más, ni siquiera es necesario que exista un vínculo de originación entre el hecho lesivo y la actuación de la persona que ha de responder, como muestra la existencia de responsabilidad objetiva no causal. Pero todavía no nos interesa la responsabilidad en el segundo sentido –como responsabilidad jurídica–, sino en el primero –como responsabilidad como originación–. Aquella que permitiría afirmar que alguien es el responsable de que el hecho lesivo haya acaecido y no meramente la persona que debe hacerse cargo de sus consecuencias perjudiciales. Y la cuestión central en este punto es cuál o cuáles de los niveles de «originación» que hemos examinado (si es que alguno) encajan en este primer significado de responsabilidad.

(6) Más dudoso es que efectivamente esta distinción pueda cumplir las funciones que se le asignan en estos campos.

(7) Por ejemplo en el ámbito de las acciones defensivas, en la línea propuesta por BALDÓ LAVILLA –*Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»* (Barcelona: JMBosch, 1994).

La respuesta que me parece más plausible, y que iré desarrollando a lo largo del trabajo, es la siguiente. Por un lado, creo que hay razones decisivas para excluir todos los niveles menos el último, la denominada responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sólo en este caso podría tener sentido decir de alguien que es responsable de que algo haya acaecido. Por otro lado, hay razones, aunque de otro orden, para excluir también en este último caso la idea de responsabilidad por originación si ésta se entiende en uno de los sentidos más usuales del término, como responsabilidad basada en la capacidad de actuar de manera distinta, idea que enlaza con la vieja polémica acerca de la libertad de voluntad como fundamento de la responsabilidad (cuestión que trato en la segunda parte del trabajo). Ello, inicialmente, parece apuntar a un vaciamiento de contenido de la responsabilidad subjetiva, que quedaría despojada de algunos de los elementos que la han convertido en un concepto central de la filosofía moral. Pese a ello, creo que es posible encontrar un sentido (aunque parcialmente restringido) a este concepto que permita mantenerlo no sólo como un criterio más de imputación de consecuencias, sino como uno especial, y que sirva para enlazar con la larga tradición filosófica y jurídica que se encuentra tras el concepto de responsabilidad moral o culpable. La conclusión en este caso sería mantener los dos significados de responsabilidad, aludiendo el primero a la responsabilidad o imputación subjetiva, ligada a la libertad, y el segundo a la responsabilidad jurídica, entendida como imposición de consecuencias lesivas si se cumplen ciertos presupuestos, entre los que el más destacado sería la existencia de responsabilidad subjetiva, pero también otros presupuestos objetivos como la mera causalidad, la imputación basada en riesgos evaluados con criterios generales, etc., todos ellos ordenados en torno a la idea de una justa distribución de cargas y beneficios.

b) *Responsabilidad como atribución de consecuencias por el hecho lesivo: la responsabilidad jurídica*

En este segundo sentido la responsabilidad mira al futuro y no al pasado del hecho. No apunta a las circunstancias que lo originaron, sino a las consecuencias que de él se deducen. Responsable es la persona que tiene que hacerse cargo de los efectos perjudiciales del hecho; quien responde de él.

Éste es el significado más habitual del término en la ciencia jurídica, y el objeto inicial de interés en este trabajo, en el que se trata de delimitar las circunstancias que permiten justificar la imposición de responsabilidad jurídica. Cuando decimos en Derecho que alguien es responsable civil, penal, etc., de un hecho lesivo queremos indicar que, como reacción frente a este hecho, se le van a imponer ciertas consecuencias jurídicas que entrañan una carga para él, como sufrir una pena o reparar el daño, por citar las más habituales.

Éste es un concepto que se utiliza habitualmente también en otros ámbitos no jurídicos. Cuando se habla de responsabilidad política se alude generalmente a la circunstancia de que alguien debe cargar con las consecuencias de una decisión política errónea, normalmente dimitiendo de su cargo. También en ocasiones se habla de responsabilidad moral en este sentido para referirse a las obligaciones morales que surgen de la existencia de un hecho. Seguramente por ello, dentro del concepto de *Liability-Responsibility* Hart distingue la jurídica de la moral. Lo que sucede es que, como el propio Hart reconoce, si en el ámbito jurídico este sentido de responsabilidad puede ser independiente de la responsabilidad subjetiva (8), en el caso de la moral esta escisión no parece posible, porque la responsabilidad moral es siempre y sólo la del sujeto responsable (9).

Generalmente en este contexto el término responsabilidad se utiliza sólo para aludir a consecuencias que el sujeto sufre, no a las que disfruta, pero probablemente esto no es más que un hábito del lenguaje motivado por la predominancia de consecuencias negativas. Ello no sucede, o al menos no de manera tan acusada, en el otro significado de responsabilidad como originación, en el que no es infrecuente aludir al autor de una obra o un hecho valioso como su responsable. Pero cuando se trata de la atribución de ciertas consecuencias ante un hecho o situación sólo se habla de responsabilidad cuando el hecho es malo y las consecuencias onerosas para el que las sufre.

Escasa trascendencia tiene el determinar si éste es el significado original del término responsabilidad o si es una derivación histórica del de responsabilidad subjetiva. Es probable que fuera el sentido originario. Responsabilidad procede etimológicamente de

(8) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 222 ss.
(9) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 226 y s.

responder. Alude a la persona que debe responder o hacerse cargo de algo. Un indicio puede ser que las dos definiciones que contempla el Diccionario de la Real Academia se encuentran en esta línea (10).

Más importante es la razón por la cual, pese a su distinto contenido, ambos conceptos han terminado por reunirse bajo un mismo vocablo. Aunque nuestro objeto de atención inmediato es la responsabilidad jurídica, y más en concreto la delimitación de los criterios que justifican la imposición de consecuencias gravosas, nos interesa también la responsabilidad como originación precisamente porque su concurrencia parece constituir el primero y más importante de estos criterios. Generalmente la imposición de responsabilidad jurídica se vincula a la presencia de algún tipo de responsabilidad en la originación, ya sea la mera causalidad, la plena responsabilidad subjetiva o cualquier estadio intermedio entre ambas. La persona a la que se atribuye la producción del hecho, especialmente si lo hace de manera plenamente imputable, es también la que debe hacerse cargo de sus consecuencias lesivas. Es la responsabilidad la que brinda, al menos aparentemente, el criterio legitimador fundamental de la responsabilidad jurídica. Al ser la persona responsable de sus actos, debe también sufrir las consecuencias negativas que lleven aparejados.

Si esta conexión fuera constante, como lo es por ejemplo en Derecho penal (11), seguramente no haría falta distinguir los dos significados del término, pero esto no es siempre así y por eso es importante examinarlos por separado. Si además aceptamos que sólo la plena imputación subjetiva permite una genuina

(10) Las dos hacen referencia a las cargas –jurídicas o morales respectivamente– que se derivan de un hecho disvalioso: 1. «Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal». 2. «Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado». Pero las referencias en la definición primera al delito y en la segunda al yerro apuntan a la conexión habitual entre los dos sentidos de responsabilidad.

(11) Aunque esta idea básica no siempre es mantenida hasta sus últimas consecuencias, como demuestra la punición de la denominada imprudencia inconsciente o la desmesurada importancia que se atribuye a la intención del autor en el dolo de primer grado. Una agresión más radical se produce en las teorías que prescinden de la culpabilidad o la normativizan hasta el extremo de mantenerla únicamente como expresión de las necesidades de la responsabilidad jurídica (las necesidades preventivas de imposición de una sanción). De ello trataré en la segunda parte del trabajo.

atribución de responsabilidad, aun resulta más perentoria la distinción.

## 2. Relación con términos afines

El término responsabilidad, en sus dos significados principales, guarda conexión con otros términos afines, como *imputación, culpabilidad, acción* o *causalidad.* Todos ellos tienen un campo semántico amplio. Algunos de sus significados coinciden entre sí y con el de responsabilidad.

### a) *Imputación*

«Imputación» es seguramente el término que guarda mayores afinidades con responsabilidad. No es extraño que desde el comienzo de la ciencia penal, y hoy de manera especialmente destacada, se haya utilizado profusamente esta expresión al fijar los elementos del delito. En otras ramas del Derecho es también una expresión habitual.

Con carácter general se utiliza en dos contextos distintos, bien en el ámbito mercantil, [posiblemente el primero en el que surge (12)], donde equivale a «señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta» (13), bien en el ámbito moral o jurídico, donde se utiliza con diferentes matices, siendo el principal el que alude a la relación de atribución de un hecho a una persona. El elemento semántico común, que explica la denominación compartida, parece ser el establecimiento de una relación de asignación o atribución entre dos entidades, sea una cantidad que se asigna a un determinado fin mercantil, sea un hecho que se asigna a una persona.

---

(12) FEUERBACH consideraba, siguiendo a Thomasius, que el concepto original de imputación era un concepto físico (asignar en un sentido contable) y sólo más adelante adquirió por analogía un contenido moral de atribución del hecho a un sujeto –*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts,* Vol. I (Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799; hay reimpresión facsímil, Scientia Verlag, Aalen, 1966), pp. 151-152–. También GRÜNHUT –*Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung. Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft.* Vol. III (Hamburgo: W. Gente, 1922; hay reproducción facsímil, Aalen: Scientia Verlag, 1978), p. 74.

(13) Ésta es la definición primera del Diccionario de la Real Academia.

En la filosofía moral y en la teoría jurídica se ha utilizado y todavía se utiliza con diferentes significados que coinciden parcialmente con los de responsabilidad. El significado nuclear en este ámbito es el de imputación moral o imputación subjetiva que se corresponde con el primer concepto de responsabilidad examinado, responsabilidad como originación, y en particular con la originación voluntaria o libre del hecho, esto es, con la habitualmente denominada responsabilidad moral o subjetiva. Como concepto moral, la imputación no se limita a determinar una relación causal cualquiera entre un hecho y un sujeto (a lo que generalmente se aludía con la expresión *imputatio physica*), sino una relación específicamente moral: la relación entre el hecho y la persona entendida como su *causa libre*. Este concepto es el clásico de los autores del Derecho natural –Pufendorf, Wolff, Daries, etc. (14)–, que acoge Kant (15), y también Feuerbach, y a la vez la noción que adquiere relevancia

(14) Un extenso examen de la evolución histórica de la teoría de la imputación desde Aristóteles hasta la actualidad puede verse en HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts* (Hamburgo: Cram de Gruyter & C.º, 1957). Analiza la evolución desde Pufendorf hasta Feuerbach GRÜNHUT –*op. cit.*, pp. 74 ss.–. Especialmente sobre la imputación en los autores del derecho natural, HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa», *ZStW* 96 (1984), pp. 661 ss.; «Imputation», en Eser, A./Fletcher, G. P. (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, Vol. I, pp. 121-174 (Friburgo de Brisgovia: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1987 –publicado inicialmente en la *Brigham Young University Law Review*, 1986–), pp. 123 ss.; Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed. (Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965), pp. 157 ss. y 169 ss. Son muy numerosos los estudios sobre la imputación en la escuela hegeliana; pueden destacarse el clásico trabajo de LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»* (Leipzig, 1927 –reimpresión facsímil: Aalen: Scientia Verlag, 1970–) y el de BUBNOFF, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule* (Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1966) especialmente pp. 36 ss.

(15) *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Könisberg, 1797, p. XXIX. La conocida definición de imputación de Kant reza: «La imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el que alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces es denominada hecho (*factum*) y está sometido a las leyes» [«Zurechnung (*imputatio*) in moralisher Bedeutung ist das Urtheil, wodurch jemand als Urheber (*causa libera*) einer Handlung, die alsdann That (*factum*) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird»].

en Derecho penal en la teoría de la acción y especialmente de la culpabilidad (16).

Tradicionalmente se denominó a esta imputación «*imputatio moralis*», que se contraponía a la «*imputatio physica*», basada exclusivamente en la causación (17). Aunque no siempre se utilizaron estas expresiones con idéntico significado (18), podemos tomar como referencia la distinción de Feuerbach, inspirada en la clásica de Daries. La *imputatio physica* se correspondería con un sentido amplio del término, en el que se atiende a si el sujeto ha sido la causa material de un acontecimiento (19). Coincide, por tanto, con la responsabilidad por causación (la *Causal-Responsibility* de la clasificación de Hart). Pero, aun reconociendo este significado amplio de imputación, generalmente se entendía que no era el principal. Feuerbach lo expresaba de la siguiente manera:

> hay un sentido más restringido y auténtico del término, y en éste imputación significa aquel juicio por medio del cual se pone de manifiesto que un sujeto es la causa libre de un hecho. [...] En este sentido puede perfectamente decirse «yo he realizado la acción pero no

(16) La referencia a la imputación en la teoría penal de finales del siglo XVIII y en todo el siglo XIX es constante en todos los autores al tratar de los elementos subjetivos del delito. *Vid.* autores y obras citadas en la nota 14. En España el recurso a la imputación es especialmente notable en SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte primera, 2.ª ed. (Madrid: Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1903), cap. XXXII, pp. 104 ss.

(17) Acerca de los antecedentes de las expresiones «*imputatio physica*» y «*moralis*», no hay acuerdo. HRUSCHKA, que se ha ocupado del tema, reconoce no haber podido establecer su procedencia aunque estima como más probable la obra de Christian WOLFF [aparecen ya en la *Philosophia Practica Universalis* de Wolff de 1738 (§ 642)], o algún autor de su escuela –*Strukturen der Zurechnung* (Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter, 1976), p. 35 nota 25.

(18) Referencias sobre significados alternativos pueden verse en FEUERBACH, *Revision*, Vol. 1 (como en nota 12), p. 153, nota.

(19) Según DARIES, «In *physica imputatione* non quaeritur, an existentia ejus, quod obveniens est, ad *alicujus voluntatem* possit referri, sed an quis ejusmodi existentiae sit causa» –*Observationes iuris naturalis socialis et gentium*, Vol. II, obs. XLII § 17 (cito por FEUERBACH, *Revision*, 1 (como en nota 14), pp. 153-154–]. También TITTMAN aceptaba este concepto de imputación física –*Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Erster Theil: Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts, I* (Halle: Hemmerde und Schwetschke, 1806; reimpresión facsímil, Keip Verlag. Frankfurt a. Main, 1986), pp. 219 ss.

> puede imputársele». La he realizado, en cuanto soy una causa externa de ella; pero no se me puede imputar en la medida en que no soy una causa interna, absoluta, de ella. La imputación en sentido amplio se denomina imputación física (*imputatio physica*); la imputación en sentido estricto se denomina imputación moral (*imputatio moralis*) (20).

En el Derecho penal moderno aparece el término imputación con renovada fuerza a través de la teoría de la imputación objetiva. Se trata también de un concepto ligado al de responsabilidad como originación, sólo que en este caso la imputación requiere algo más que la mera causalidad (imputación física), y algo menos que la imputación moral o subjetiva. Frente a la teoría clásica que examinaba en los tipos de resultado la causalidad, en un sentido puramente objetivo, y luego imputaba el hecho subjetivamente a su autor en la culpabilidad, la teoría de la imputación objetiva trata de enriquecer el contenido objetivo del hecho con elementos normativos. Conforme a esta teoría, la imputación de un resultado lesivo a una acción no requiere sólo su causación, sino además que cree un riesgo jurídicamente desaprobado –que exceda el riesgo permitido–, y que se traduzca en el resultado típico (21). En algunas de sus formulaciones más conocidas guarda una estrecha conexión con la *Role-Responsibility* de Hart (22).

El término imputación se emplea también en ocasiones en un sentido similar al segundo significado de responsabilidad, lo que muestra hasta qué punto hay una conexión entre ambos. En este sentido se habla de imputación al autor de las consecuencias jurídicas: se le imputa la pena, la reparación del daño, etc. Además se

---

(20) *Revision*, 1, pp. 152-153. La correspondiente definición de DARIES es: «In imputatione vero *morali* non quaeritur, an quis sit ejus, quod abveniens est causa, sed an existentia ejus, quod abveniens est, ad alicujus voluntatem possit referri» –*Observationes iuris naturalis socialis et gentium*, Vol. II, obs. XLII § 17 [cito por FEUERBACH, *Revision*, 1 (como en nota 12), pp. 153-154].

(21) Entre la abundantísima literatura a que ha dado lugar la teoría de la imputación objetiva, v. por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado* (Madrid: Edersa, 1992); REYES ALVARADO, *Imputación objetiva* (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994); FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (Madrid: Colex, 1995).

(22) Así, en la obra de JAKOBS; por ejemplo, *La imputación objetiva en Derecho penal* [Madrid: Civitas, 1996 (traducción al castellano de Manuel Cancio Meliá y un Estudio Preliminar de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá].

trata de un concepto más neutro que el de responsabilidad, de manera que si éste se utiliza sólo cuando las consecuencias jurídicas son onerosas, aquél puede también aplicarse cuando son beneficiosas. De quien sufre la pena se dice que responde penalmente, pero de quien recibe un premio no se dice que responde de él, aunque nada impide afirmar que se le imputa el premio.

### b) *Culpabilidad*

También el término «culpabilidad» guarda estrecha relación con los de responsabilidad e imputación. En particular, se utiliza con un significado próximo al de responsabilidad subjetiva (moral). El matiz diferencial entre ambos es que la culpabilidad sólo se aplica en caso de que el hecho que se impute sea malo, lo que desde luego no sucede con la expresión imputación subjetiva, pero tampoco siempre, aunque sea lo más habitual, con responsabilidad subjetiva. Ello explica que la atribución de culpabilidad tenga un matiz de reproche, moral o jurídico, que no siempre se da en los otros términos.

En la moderna teoría del delito el término culpabilidad tiene un contenido más estrecho que los de imputación o responsabilidad subjetiva. El desplazamiento que hace la doctrina mayoritaria del dolo y la imprudencia al juicio de antijuridicidad reduce el campo de la culpabilidad (23), que ya sólo se refiere a ciertos aspectos de la imputación subjetiva –en concreto a la imputabilidad, el conocimiento de la prohibición y la ausencia de causas de inexigibilidad–. Pese a ello, todavía es frecuente englobar todos los presupuestos de la imputación subjetiva bajo el rótulo genérico de «principio de culpabilidad» en sentido amplio (24), y además una

(23) No así en quienes siguen manteniendo que dolo y culpa forman parte, y como elemento nuclear, de la culpabilidad. En estos casos suele equipararse principio de culpabilidad y principio de imputación subjetiva. V., por ejemplo, en este sentido, CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 210 ss.

(24) En realidad, entre quienes aceptan la inclusión del dolo y la imprudencia dentro del tipo subjetivo no hay pleno acuerdo en la terminología cuando se trata de referirse al denominado «principio de culpabilidad». Algunos autores, como MIR PUIG –*Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed. (Barcelona: PPU, 1998, pp. 95 ss.–, distinguen entre principio de culpabilidad en sentido estricto, también denominado de imputación personal, y principio de culpabilidad en sentido am-

importante, aunque minoritaria, corriente doctrinal sigue reservando la categoría culpabilidad para la imputación subjetiva completa. En este trabajo utilizaré normalmente los términos como sinónimos: culpabilidad como responsabilidad subjetiva referida a hechos lesivos.

### c) *Acción*

El término «acción» puede utilizarse también para referirse al hecho responsable o subjetivamente imputable (y por ello también culpable: el hecho desvalorado sólo sería acción si es culpablemente cometido). En esta acepción restringida la acción de una persona abarcaría sólo aquellos hechos o parcelas de la realidad que pueden serle personalmente imputados. Éste era el concepto de Hegel, para el que la acción alude a la realización exterior de la voluntad del sujeto (coincidencia del aspecto interno –la voluntad libre– y el externo –las consecuencias en el mundo exterior–) (25). Sólo aquellos aspectos de la realidad que son abarcados por la voluntad consciente del sujeto pueden imputársele como su acción (26). La principal ventaja de este concepto, que también se ha manejado en la moderna discusión filosófica sobre la libertad de acción como base de la responsabilidad subjetiva, es que desde un principio separa lo que son meros acontecimientos naturales (en los que eventualmente también puede aparecer implicada una persona) y acciones humanas que permiten una imputación subjetiva (27).

No es éste, sin embargo, el significado más habitual en derecho, sino otro más restringido que sólo abarca ciertos aspectos de la imputación subjetiva. En Derecho penal, por ejemplo, aunque se discute vivamente qué es una acción, prácticamente todo el mundo está de acuerdo en su delimitación negativa, en las causas que la excluyen –fuerza irresistible; movimientos reflejos; y situaciones de

---

plio; otros, como LUZÓN, distinguen entre principio de imputación subjetiva y principio de culpabilidad –«Principio de responsabilidad subjetiva», voz de la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV (Madrid: Civitas, 1995), p. 5088.

(25) *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) (edición a cargo de Johannes Hofmeister, 4.ª ed., 1955), §§ 113 ss. En general, sobre la acción en Hegel y sus discípulos v. las obras citadas en la nota 14.

(26) *Grundlinien*, § 117 (como en nota 25).

(27) V., por ejemplo, O'CONNOR, *Free Will* (Londres/Basingtoke: Macmillan Press, 1977), pp. 3 ss.

inconsciencia–, lo que hace pensar que también hay más acuerdo del que se pretende en su delimitación positiva, que viene a coincidir con la realización voluntaria de un movimiento o inactividad corporal con efectos causales. El resto de elementos subjetivos necesarios para una plena imputación se examinan posteriormente en la antijuridicidad o, principalmente, en la culpabilidad. Sin embargo, ocasionalmente se ha defendido también un concepto de acción enriquecido que abarca hasta la culpabilidad, en la línea hegeliana (28).

### d) *Causalidad*

Con el término «causalidad» se alude a una determinada vinculación material entre acontecimientos según leyes naturales, que en ocasiones se expresa también mediante los términos responsabilidad o imputación. Ya hemos visto que en la teoría clásica de la imputación se denominaba *imputatio physica* a la conexión causal, y Hart ha puesto de relieve que coloquialmente se utiliza también la palabra «responsable» para identificar a ciertos antecedentes causales de un hecho –como cuando se dice que una larga sequía fue responsable del hambre en la India–, lo que ha denominado *Causal-Responsibility* (29). En todo caso, como ya había destacado Feuerbach, se trata de usos secundarios de estos términos. Pero el concepto científico de causalidad, hoy dominante, no es el único posible. Históricamente también se ha utilizado la expresión para referirse a los antecedentes de un hecho que tienen carácter originario porque proceden de una voluntad libre. En estos casos lo normal es hablar de *causa libera* (30), para distinguirla de la causa que es a su vez causada –*causa causata*–. Así utilizada, la expresión se encuentra en el mismo grupo de significado que responsabilidad/imputación subjetiva o acción, como puede observarse en la definición de imputación de Kant, más arriba recogida (31). Tam-

(28) V. JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (Madrid: UAM ediciones/Civitas, 1997), pp. 101 ss. y especialmente 121 ss.

(29) *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 214 y s.

(30) Sobre el concepto de causa libre v., por ejemplo, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen.* Schriften zum Strafrecht, 78 (Berlín: Duncker & Humblot, 1988), pp. 24 y s.

(31) *Supra* nota 15.

bién en la discusión moderna sobre el libre albedrío se ha acudido ocasionalmente a la imagen de un agente causal originario como prototipo de actuación subjetivamente responsable (32).

Del breve repaso anterior destaca la abundancia de términos cuyo significado principal o secundario está relacionado con la responsabilidad subjetiva o moral, cosa que no sucede con la responsabilidad jurídica. De los examinados, sólo el término imputación, y no en su significado más usual, se utiliza también para aludir a la imposición jurídica de consecuencias lesivas. Ello pone de relieve la extraordinaria importancia del primero, y no sólo en el ámbito del derecho. Desde los comienzos del pensamiento filosófico se convierte en objeto primordial de interés la determinación de lo que haya de singular en la actuación humana, frente a otros acontecimientos naturales. Responsabilidad subjetiva, imputación, culpabilidad o acción, son algunos de los términos que expresan dicha singularidad. Se trata de conceptos básicos que reflejan una determinada visión de nosotros mismos. El ordenamiento jurídico está edificado sobre esta imagen, la de un ser que no es mero espectador de la realidad, sino que la conforma con sus actos libres. Que es responsable de dichos actos, y por ello disfruta de lo bueno que aporten, pero también responde de lo malo.

Pero ni toda consecuencia jurídica que se imponga a alguien como respuesta por un hecho lesivo requiere una previa actuación subjetivamente responsable, ni el propio concepto de responsabilidad subjetiva está exento de problemas; más bien al contrario. Se discute si existe una libertad como la que parece reclamar la responsabilidad subjetiva. La cuestión tiene extraordinaria importancia para la responsabilidad jurídica, para la imposición de consecuencias lesivas, porque su justificación más sólida es precisamente la existencia de responsabilidad subjetiva.

Dos son, entonces, las cuestiones que es necesario abordar. En primer lugar los criterios que permiten justificar la responsabilidad jurídica. En segundo lugar el problema específico de la libertad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva.

---

(32) V., por ejemplo, CHISHOLM, «Human Freedom an the Self», en Gary WATSON (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 24 ss. Como veremos en la segunda parte del trabajo, ésta es una posición frecuente entre los defensores más radicales del libre albedrío (libertarios), que requieren que el curso de antecedentes causales de un hecho imputable termine en el agente.

## 3. Criterios de fundamentación de la responsabilidad jurídica

Exigir responsabilidad jurídica frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines. Para determinar los criterios que permitan fundamentar la responsabilidad puede ser útil situarnos inicialmente en el plano superior de los fines que, en general, cabe asignar a las disposiciones jurídicas.

El derecho sirve a la configuración y mantenimiento de un orden social mediante la protección de realidades valiosas, individuales y supraindividuales, a las que se alude con diferentes expresiones: derechos, intereses, bienes jurídicos, etc. Las normas jurídicas, entre las que se encuentran las que fijan responsabilidades, tratan de evitar en último extremo que se lesionen bienes jurídicos, lo cual puede hacerse básicamente de dos maneras: previniendo el daño o reparándolo. En la prevención se trata de adoptar medidas que eviten que el mal llegue a producirse; en la reparación el daño ya se ha causado, pero pueden evitarse parcial o totalmente sus efectos adversos mediante medidas reparadoras.

Las medidas jurídicas preventivas o reparadoras pueden ser de dos clases: lesivas o no lesivas. Las primeras producen sus efectos benéficos causando a su vez cierto daño. Son, por ello, medidas con efecto dual, a la vez protectoras y lesivas. Las segundas sólo tienen efectos positivos: previenen o reparan males sin causar otros. Un ejemplo de las primeras puede ser la imposición de una pena criminal o la permisión de lesiones causadas en legítima defensa, y un ejemplo de las segundas podrían ser las disposiciones jurídicas que promueven el acceso a la educación y a la cultura. Como regla general puede decirse que sólo las primeras son verdaderamente problemáticas en su justificación, como corresponde a su carácter lesivo, y sólo de ellas vamos a ocuparnos ya que las medidas de responsabilidad jurídica son, en su mayor parte, de este tipo.

Que una medida jurídica sea lesiva significa necesariamente que de uno u otro modo *distribuye o redistribuye males*. Desde la perspectiva del sujeto lesionado (o amenazado de lesión), la distribución puede ser interna o externa. En la *interna* se cambia un mal propio por otro igualmente propio y menos grave. En la mayor parte de los casos es el propio sujeto el que realiza la distribución de su fortuna o desgracia (autodistribución interna). La renuncia a una actividad deseada pero peligrosa para la vida entraña cambiar un daño probable grave –la muerte– por otro seguro leve –renunciar

a lo querido–. La suscripción de seguros de responsabilidad civil tiene esta misma finalidad: se cambia una probable responsabilidad civil grave por el gasto seguro de la prima. En otros casos la distribución, aunque sigue siendo interna, es realizada por un tercero (heterodistribución interna). El médico que amputa la pierna gangrenada de una persona inconsciente cambia un mal gravísimo altamente probable por otro menos grave pero seguro. Normalmente la distribución interna no es problemática ni siquiera cuando la realiza un tercero en beneficio nuestro. Puede serlo y lo es cuando hay discrepancia sobre lo que está en juego y sobre quién decide. Cuando, por ejemplo, se niega al sujeto el derecho a disponer sobre sus propios bienes partiendo de una justificación paternalista o de otro tipo –imposición de transfusiones contra los sentimientos religiosos; prohibición del suicidio; restricción o prohibición de actividades peligrosas para uno mismo; etc.

Las dificultades surgen con toda su fuerza cuando la distribución o redistribución es *externa*: cuando se cambia un mal propio (cierto o probable) por otro ajeno (que admite las mismas variantes). En unos casos la reasignación supone una ventaja neta en la protección global de intereses –se previene un mal grave propio causando uno leve a otro–, pero en otros casos la reasignación será estrictamente eso: trasladar un mismo mal desde un sujeto a otro.

De todas las medidas jurídicas (entendiendo esta expresión en un sentido amplio), que previenen o reparan daños, sólo algunas se encuadran bajo el término responsabilidad. Las medidas que imponen y desarrollan la educación obligatoria, las ayudas a los damnificados por grandes catástrofes, o las normas que regulan el tráfico rodado, por ejemplo, cumplen finalidades preventivas o reparadoras, pero no son medidas de responsabilidad jurídica. La comprobación de los usos habituales en el lenguaje jurídico muestra en este punto una cierta arbitrariedad. No existe un único criterio o perspectiva cuya concurrencia sea a la vez condición necesaria y suficiente para encuadrar un hecho bajo el término responsabilidad jurídica, sino más bien un conjunto de criterios difusos que en ocasiones operan solos y otras combinados. A ello se añaden, además, razones históricas o de proximidad sistemática, que al final convierten el uso de la denominación en parcialmente arbitrario. Hay, sin embargo, ciertos criterios que forman lo que podríamos denominar uso *nuclear* del término: se utiliza preferentemente cuando se imponen consecuencias jurídicas gravosas; cuando hay un cierto desequilibrio en su imposición; y cuando estas consecuencias ope-

ran como reacción frente a un hecho jurídicamente incorrecto que se considera en algún sentido subjetivamente imputable a quien debe responder.

El primer criterio es quizás el más constante. Así como el término imputación, tanto si se refiere a acciones como a consecuencias, se utiliza para el mérito y el demérito –se imputan penas pero también subvenciones–, el término responsabilidad suele reservarse para la imposición al sujeto de consecuencias jurídicas desfavorables (aunque, como ya hemos visto, cuando se trata del otro uso del término, la responsabilidad como originación, también se utilice para atribuir lo bueno). El segundo criterio suele ser también habitual en la responsabilidad, aunque no siempre. En la mayor parte de los casos la responsabilidad jurídica supone que alguna o algunas personas van a sufrir todo el peso de la consecuencia jurídica. Ello no es así en los casos en los que la carga se difumina, bien por medio de la institución del seguro, sobre todo cuando opera en ámbitos sociales en las que todo el mundo interviene, bien porque el Estado es el responsable. En todo caso, el desequilibrio en la imposición es sin lugar a dudas el factor más problemático a la hora de justificar cualquier responsabilidad jurídica, y por ello merecerá una especial atención. En cuanto al tercer criterio, aunque resulta evidente que se habla de responsabilidad en casos en los que no se da –por ejemplo, en la denominada responsabilidad civil objetiva–, lo cierto es que es el criterio que, estando presente, permite conectar los dos conceptos de responsabilidad: responde jurídicamente del hecho dañoso quien es subjetivamente responsable de él. Además esta conexión es la que, aparentemente, hace menos problemática la responsabilidad jurídica cuando se enfoca desde la perspectiva de la justa distribución de cargas.

El problema de *justificar* las normas que imponen responsabilidad jurídica no es diferente, aunque sí seguramente más agudo, que el de cualquier norma que restrinja o anule derechos. La responsabilidad jurídica supone que alguien va a sufrir una privación o restricción de derechos por razón de un hecho lesivo previo que trata de repararse o de un hecho futuro que se intenta prevenir. Como cualquier otra medida que entrañe privación de derechos, requiere justificación en dos sentidos: desde la perspectiva de su *utilidad práctica* debe explicarse cómo es que un ordenamiento que tiene por finalidad la preservación de bienes jurídicos, puede imponer consecuencias que consistan materialmente en lesionarlos; y desde la óptica de su *distribución* debe explicarse por qué el efecto bene-

ficioso final que espera obtenerse con la imposición de consecuencias se hace precisamente a costa del responsable jurídico, y no de otros. En la medida en que los ordenamientos jurídicos adoptan ciertos principios morales como la igualdad, la solidaridad o la interdicción de la arbitrariedad como parte de su ideario, ambas cuestiones se pueden condensar en una sola: ¿cómo encaja en un derecho protector de bienes jurídicos la imposición de consecuencias que provocan a su vez efectos lesivos en dichos bienes, tanto por su contenido –por lo que imponen– como, eventualmente, por su distribución –por a quién se imponen–?

En cualquier ordenamiento normativo, una medida lesiva de intereses protegidos sólo puede ser justificada si resulta un medio adecuado para la preservación de intereses que en el caso concreto resulten preponderantes según la vara de medida del propio ordenamiento. Se trata, por tanto, de obtener un resultado valioso a partir de un hecho que aisladamente considerado es un mal, pero que deja de serlo en el contexto justificante en el que se impone.

Nos encontramos aquí ante un problema genérico (y fundamental) de todo ordenamiento jurídico complejo: la fijación de criterios de solución de conflictos en situaciones que no pueden ser resueltas sin daño para alguien. Aunque lo estamos examinando desde la perspectiva de las normas que imponen responsabilidad, se trata de un problema general, una de cuyas manifestaciones más conocidas es la discusión en torno a las denominadas causas de justificación, que permiten (y en ocasiones imponen) realizar acciones u omisiones que en ausencia del contexto justificante estarían prohibidas. Las disposiciones que imponen responsabilidad pueden considerarse en este sentido como causas de justificación específicas que obligan a los órganos de la justicia a imponer a los ciudadanos medidas restrictivas o lesivas de derechos en ciertos contextos justificantes, definidos generalmente por la comisión de un hecho desvalorado, a lo que suele sumarse un criterio de imputación adicional.

En todas estas situaciones la acción lesiva que trata de justificarse –la imposición de una pena, de una reparación civil, o la lesión necesaria para evitar una agresión ilegítima, por ejemplo– es, utilizando la plástica expresión de Baldó (33), una *actio duplex,* que por un lado salvaguarda bienes jurídicos, pero por otro de forma inevitable los lesiona.

(33) *Estado de necesidad y legítima defensa* (como en nota 7), p. 17.

¿Qué regla o reglas de solución pueden proponerse? La respuesta a esta cuestión es, de alguna forma, ambivalente. Por un lado puede afirmarse que sólo hay una regla básica, que es además muy simple en su formulación elemental, pero, por otro lado, su desarrollo singular es altamente complejo, lo que se plasma precisamente en la necesidad de crear infinidad de subreglas de nivel inferior cuya finalidad es sólo precisar la principal.

Cualquier sistema normativo complejo de valoración de acciones, como puede ser un orden jurídico, debe contener disposiciones que determinen los estados de cosas valorados o desvalorados que quieren respectivamente promoverse o evitarse –o, empleando una expresión habitual en la ciencia penal, disposiciones que precisen el valor o desvalor de resultado–, y disposiciones que fijen los criterios para trasladar el valor o desvalor de los estados de cosas a las acciones u omisiones genéticamente conectadas con ellos –disposiciones que precisen el valor o desvalor de las acciones (34)–. Y entre las primeras son necesarias tanto disposiciones que fijen qué se protege, como otras que establezcan la jerarquía respectiva de los intereses protegidos, lo que permitirá precisar qué prevalece en caso de conflicto. Las causas de justificación no son otra cosa que reglas en las que está presente de manera especialmente clara esta función última, pero todo el ordenamiento jurídico puede interpretarse a su vez como un sistema ordenado y complejo de resolución de conflictos entre intereses contrapuestos. Toda norma preceptiva o prohibitiva limita derechos del obligado en beneficio de otros intereses estimados superiores, y requiere una ponderación cuidadosa de lo que está en juego. En las normas que establecen responsabilidad, caracterizadas habitualmente por un desequilibrio claro en la asignación del mal, la necesidad de ponderación se hace especialmente acuciante.

La regla básica de solución es, más que una verdadera regla de ponderación, la plasmación de un *principio elemental de racionalidad* en la solución de conflictos: en situaciones en las que la preservación de ciertos intereses jurídicos dependa de la lesión de otros, el

(34) Conexión que puede ser de diferentes tipos. Un ordenamiento puede medir el desvalor de una acción por los efectos causales que *ex post* provoca o no evita (desvalor de la acción causante de un resultado lesivo); por lo que en el momento de llevarse a cabo resulta previsible, en una valoración *ex ante* objetiva o subjetiva (desvalor del peligro de la acción); por la intención lesiva que anima al autor (desvalor de la intención), etc.

ordenamiento debe inclinarse por aquellos que preponderen conforme a su propio esquema de valores. Como ha indicado Nino, «si no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería simplemente irracional tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor a la misma cosa, o que fuera inefectiva o innecesaria» (35). En otros términos, si algún mal es inevitable, que sea el menor posible. Ésta es la fórmula común a cualquier causa de justificación y en general a cualquier restricción de derechos jurídicamente impuesta para preservar otros intereses, fórmula que además coincide en lo esencial con la regulación del estado de necesidad en el Código penal (36). También las normas que imponen responsabilidad deben ajustarse a ella. La pena criminal, la sanción administrativa o la reparación civil sólo son justificables si su concurso permite una protección de bienes jurídicos que compense el daño que se inflige con su imposición.

La sencillez de este principio elemental no puede ocultar la complejidad que encierra su aplicación práctica; tanta que la mayor parte de las normas del ordenamiento se dedican a desarrollarlo. El problema surge de las dificultades para ponderar adecuadamente los intereses en juego. Y ello, al menos, por tres razones. En primer lugar por la dificultad de graduar cualitativa y cuantitativamente el valor respectivo de los bienes protegidos; en segundo lugar, por la existencia dentro de una misma sociedad de valoraciones contrapuestas; en tercer lugar, por la complejidad inherente a las relaciones entre bienes y por nuestras limitadas capacidades predictivas, lo que impide captar fácilmente los efectos de las acciones, tanto en una perspectiva sincrónica como diacrónica.

Si todo lo que está en juego en cada conflicto fuera cuantificable en términos numéricos –ideal, por ejemplo, del análisis econó-

(35) *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (Buenos Aires: Astrea, 1980), cit., p. 210.

(36) Por eso puede estimarse adecuada la extendida pero a la vez controvertida opinión que ve en el principio del interés preponderante, expresado en la regla justificatoria del estado de necesidad, el elemento común a cualquier causa de justificación. Sobre ello, pormenorizadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario I (2000), pp. 199 ss. Reconoce que la regla genérica de solución de conflictos se corresponde con la del estado de necesidad, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 210.

mico del derecho–, la justificación de cualquier medida restrictiva de derechos sería sencilla, pero no siendo así, la ponderación resulta un proceso arduo, lastrado por el alto número de variables que deben ser tenidas en cuenta y por la limitación de contar sólo con un conocimiento parcial de la realidad. Las distintas disposiciones del ordenamiento, desde las más generales declaraciones de derechos de la Constitución hasta la última disposición municipal, reflejan compromisos, más o menos acertados, entre intereses en conflicto. Las normas que imponen responsabilidad jurídica también lo hacen, y en la medida en que su aplicación es especialmente lesiva, sobre todo en el caso de la responsabilidad penal, sus exigencias de justificación son mayores

Con este punto de partida común, a efectos de análisis conviene distinguir entre criterios de utilidad *cuantitativos,* que permiten una mayor protección en el conjunto de los bienes jurídicos, y criterios *distributivos,* que permiten una mejor asignación. Naturalmente esta distinción sólo es válida en la medida en que la distribución sea un valor a ponderar en el conflicto por que se reconozcan derechos individuales que puedan entrar en colisión con intereses generales.

### a) *Criterios de utilidad cuantitativos*

Desde esta perspectiva, la imposición de responsabilidad jurídica puede justificarse cuando su concurso provoque una mayor protección de bienes jurídicos (excluidos los que aluden a la justa distribución). Ello sólo puede darse en dos tipos de situaciones: cuando una medida lesiva previene la causación de un daño superior o cuando reduce o hace desaparecer un daño previo ya ocasionado. Quedarían al margen de este primer apartado los casos de mera reasignación de un daño a otra persona, sin mejora global.

El ideal a este respecto es alcanzar una intervención de máxima eficacia conforme al criterio de menor lesividad, esto es, intervenir con los medios y en el momento menos lesivo. La complejidad de las relaciones sociales y nuestra capacidad limitada de predecir los efectos de nuestras acciones hacen que el objetivo ideal sea sólo un horizonte al que aspirar. Sólo caben aproximaciones más o menos certeras. Algunas plasmaciones concretas del principio de menor lesividad, por lo demás lo suficientemente conocidas y evidentes como para requerir justificación especial, son las siguientes: dar

prioridad a las medidas preventivas sobre las reparadoras; impedir que las situaciones de peligro lleguen a originarse, lo que entraña preferir medidas que aumenten la eficiencia social –educación, organización, cooperación, etc.– sobre las paliativas de un sistema ineficiente –represión, reparación, sanción, etc.–; atribuir valor lesivo a la propia intervención jurídica, que tiene costes procesales y que genera frecuentemente desigualdades en la aplicación (no es imparcial) (37); etc. La responsabilidad jurídica debe ser, entonces, subsidiaria de otras medidas menos lesivas, y dentro de ella las intromisiones más graves, como la responsabilidad penal, subsidiaria de las más leves, como la administrativa o civil.

No es posible ni necesario entrar aquí en el análisis de si las distintas modalidades de responsabilidad jurídica satisfacen el criterio material de menor lesividad arriba expuesto. *Grosso modo* podría decirse que, si puede discutirse la utilidad de aplicaciones singulares, la responsabilidad jurídica como tal, en sus distintas variantes penal, civil, etc., no es discutida. Incluso la más gravosa, la penal, se entiende como un mal del que, desgraciadamente, no se puede prescindir sin provocar una importante merma en la protección de bienes jurídicos. Pero esta justificación del todo no debería hacer olvidar la necesidad de someter cada una de sus aplicaciones singulares al filtro de la proporcionalidad o adecuación. Esta idea se plasma en Derecho penal en el escrupuloso respeto al principio de intervención mínima en sus dos manifestaciones principales: el carácter fragmentario –sólo deben someterse a pena los atentados más graves contra los bienes esenciales– y el principio de subsidiariedad o *ultima ratio legis* –sólo es lícita la intervención cuando no haya un medio menos lesivo de protección–.

El que las diferentes modalidades de responsabilidad jurídica, frecuentemente desligadas de la responsabilidad subjetiva, puedan satisfacer el criterio cuantitativo de protección de bienes jurídicos, nos permite destacar algunos aspectos relevantes de la relación entre ambos conceptos. La responsabilidad jurídica se inserta, como hemos visto, como una modalidad dentro del catálogo am-

(37) Ello aconseja no intervenir cuando el daño que se quiere combatir y el que provoca la medida jurídica son sustancialmente iguales o hay escasas diferencias entre ellos. Esta idea se encuentra en la línea de interpretaciones restrictivas del estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales como las que destacan la relevancia de la perturbación del orden jurídico –por ejemplo, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal, T. I (Artículos 1-22)* (Barcelona: Ariel, 1976), p. 288; MIR PUIG, *Parte General* (como en nota 24), p. 471.

plio de medidas preventivas y reparadoras jurídicas. Pero no es fácil definir los parámetros que permiten la identificación de ese subconjunto y le conceden homogeneidad, aunque los tres antes apuntados delimiten su núcleo principal. Quizás se hubieran facilitado las cosas, al menos desde una perspectiva terminológica, si el uso habitual del lenguaje hubiera impuesto una utilización coordinada de ambos términos, de manera que sólo se hablara de responsabilidad jurídica para referirse a las medidas lesivas impuestas al responsable subjetivo o culpable del hecho; pero no ha sido así, al menos fuera del Derecho penal (38). Pese a ello, creo que es muy conveniente poner de manifiesto por qué la responsabilidad subjetiva ha sido y debe seguir un criterio principal de imputación de consecuencias jurídicas y no sólo desde la perspectiva de una justa distribución, sino también desde una perspectiva práctica.

Los daños a bienes jurídicos pueden proceder de hechos naturales o de acciones humanas, pero en cualquier caso el Derecho que quiere intervenir en la realidad evitando lesiones no puede hacerlo más que mediante normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos. En unos casos, frente a hechos naturales o hechos humanos no dirigibles, sólo le cabe una acción indirecta que no recae sobre la propia fuente de peligro, sino sobre la actividad humana –ésta sí dirigible– que puede controlarla. Frente a acciones humanas, por el contrario, la intervención puede ser tanto indirecta –normas dirigidas a terceros para que eviten el hecho–, como directa –normas dirigidas al propio autor–. Tanto unas como otras buscan un mismo fin (aunque de manera más o menos próxima) y utilizan idéntico mecanismo de acción: dirigir el comportamiento humano. Aunque no todas, una parte importante de las consecuencias que se imponen en la responsabilidad jurídica tienen como finalidad reforzar la eficacia de las normas de conducta anudando sanciones a su infracción (39). Un principio práctico elemental es que tales

(38) Aunque en este caso para referirse a aquel a quien se le impone una medida de seguridad jurídico-penal tampoco se habla normalmente de «responsable» penal, expresión que se reserva sólo para el penado culpable.

(39) Naturalmente ello sólo puede conseguirse, a su vez, mediante otras normas secundarias (el Derecho opera mediante normas) dirigidas a terceros para que sancionen la infracción de la norma primaria. Como muy tempranamente puso de relieve BENTHAM –*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. a cargo de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Methuen, con una nueva introducción a cargo de F. Rosen y un ensayo interpretativo de H. L. A. Hart (Ox-

sanciones sólo pueden cumplir su función instrumental cuando estén presentes las condiciones que permitan al autor cumplir la norma a él dirigida, y estas condiciones son precisamente las que integran el concepto de responsabilidad subjetiva plena o culpabilidad (40). Esto quiere decir que, al margen de cuestiones de justicia distributiva, la existencia de las circunstancias subjetivas de la culpabilidad es un requisito esencial de operatividad práctica de una buena parte de las consecuencias jurídicas: en concreto de todas aquellas cuya finalidad sea, de uno u otro modo, favorecer la eficacia de las normas de comportamiento. Sólo las infracciones culpables de la norma primaria de comportamiento justifican la intervención de la norma secundaria de sanción que trata de reforzar su cumplimiento.

Este hecho permite explicar por qué quienes niegan que la culpabilidad pueda sustentarse en la capacidad de obrar de modo distinto siguen manteniendo esta categoría desde planteamientos puramente preventivos (41). Pero esta defensa del principio de culpabilidad sólo serviría si la justificación de la responsabilidad jurídica dependiera *exclusivamente* de argumentos de utilidad cuantitativos como los que ahora estamos examinando. Si se acepta que también es esencial atender a los criterios de justicia distributiva, falta demostrar que una culpabilidad basada en criterios sólo preventivos los cumple. Precisamente la conexión tradicional de esta categoría con la capacidad de actuar de manera distinta es lo que permitía la justificación atendiendo también a este segundo criterio valorativo. La actuación libre del autor da pie al reproche y con ello fundamenta el *merecimiento* de sanción, que es uno de los criterios clásicos de justicia distributiva.

---

ford: Clarendon Press, 1996) p. 302–, también la norma secundaria de sanción es a la vez una norma primaria de conducta para el órgano de la justicia encargado de hacer cumplir la ley, y su infracción es sancionada por una norma secundaria –terciaria respecto de la primera– de sanción, que en Derecho penal se contiene en el tipo de prevaricación.

(40) Sobre ello, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9.

(41) Así ya en el clásico trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en E. Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed. Tecnos: Madrid, 1990, pp. 140-161. (Inicialmente publicado en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87-109).

b) *Criterios basados en una justa distribución de cargas y beneficios*

La importancia de justificar la responsabilidad desde la perspectiva de una correcta distribución de cargas procede de la combinación de dos factores: en primer lugar, del hecho de que la redistribución del daño en la responsabilidad jurídica se hace habitualmente de manera *desequilibrada*, cargando sobre una o sobre pocas personas; en segundo lugar, del reconocimiento de nuestra *individualidad,* que se traduce en una concepción de la justicia que reconoce *límites valorativos* a la consecución del bienestar general cuando ello entraña el sacrificio no compensado de individuos singulares.

Este segundo factor tiene especial relieve. La utilidad a la hora de prevenir o reparar lesiones a bienes jurídicos sería el único criterio a tener en cuenta para justificar una consecuencia jurídica lesiva en una sociedad en la que el elemento de referencia valorativo para medir el bienestar fuera siempre el grupo como un todo y no sus individuos singulares. En una sociedad-hormiguero, cualquier sacrificio de un miembro en beneficio de otro que produjera un aumento del bienestar global estaría justificado (42), pero no en una sociedad de sujetos con derechos y obligaciones sociales, pero también individuales. En este caso, la imputación o distribución del mal es un criterio limitador esencial a la hora de justificar medidas lesivas. Como ha indicado Rawls, esgrimiendo un argumento que se ha convertido en una clásica objeción contra el utilitarismo (o, más bien, contra una versión estrecha del mismo), «cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar [...] la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros» (43). El peso que

(42) Claro está que en una sociedad de este tipo, si no es impuesta coactivamente sino sentida por sus miembros, como en el caso de las hormigas, que poseen un incondicional instinto altruista para su grupo, los conflictos de intereses dentro del clan son infinitamente menores: sólo existen amenazas externas, de otros grupos o de la naturaleza, pero no internas, ya que la propia idea de la individualidad se diluye en el grupo.

(43) *Teoría de la justicia* (México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1979; traducción de María Dolores González del original en inglés, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), cit. pp. 19 ss., más pormenorizadamente, pp. 40 ss. En la misma línea, poniendo el acento en

haya de tener este criterio como límite de la utilidad es directamente proporcional al grado de reconocimiento de la autonomía individual frente a los deberes sociales. En una sociedad regida por criterios de máxima solidaridad el peso será pequeño, y en una sociedad ultraliberal, grande.

Aceptando de partida esta relatividad, pueden esbozarse al menos ciertos criterios básicos de redistribución justa que se encuentran tras la mayor parte de las consecuencias impuestas en la responsabilidad jurídica. Aludiré ahora sólo a los criterios de justicia distributiva, en el bien entendido de que la justificación final surge de combinarlos con los de utilidad antes examinados, cuestión que será abordada más adelante. La pregunta sería entonces: ¿qué puede justificar una intervención jurídica redistributiva en ausencia de cualquier mejora cuantitativa en la protección de bienes?

Lo primero que conviene hacer es evitar un posible malentendido al que ya he hecho referencia y que tiene que ver con la relación entre criterios cuantitativos y distributivos. En un derecho que se define como protector de bienes, parece que la respuesta a la pregunta anterior debería ser: nada puede justificarlo. Pero es evidente que el derecho maneja criterios de distribución justa, y ello lo que nos indica es que estos criterios responden a su vez a valores que representan bienes jurídicos. Una medida redistributiva justa protege bienes como la igualdad, la dignidad o la autonomía individual, que tienen un valor en sí y a la vez instrumental para crear las condiciones en que otros bienes se desarrollen protegidos. Todos los bienes, mediatos e inmediatos, entran en la ponderación compleja. Por ello debe insistirse en que la distribución justa no es algo esencialmente distinto de la protección cuantitativa de bienes, sino más bien una protección en la que también se tienen en cuenta bienes referidos a la autonomía individual que deben ponderarse junto a otros que atienden al mayor bienestar general. Precisamente ello explica que pueda haber genuinos conflictos entre ellos (de los que luego me ocupo brevemente) que se resolverán según el peso res-

---

la justa distribución, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 218 ss. Discutible es, sin embargo, si esta correcta objeción afecta decisivamente a los postulados del utilitarismo, como apuntan Rawls y Nino, o más bien puede ser superada sin salir del marco de una teoría consecuencialista introduciendo los criterios distributivos, como reflejo de derechos individuales, en el estado de cosas que sirve de base a la valoración. Sobre ello, por ejemplo, BAYÓN MOHINO, «Causalidad, consecuencialismo y deontologismo», *Doxa* 6 (1989), pp. 470 ss.

pectivo de lo que esté en juego, lo que no excluye que ciertos valores individuales especialmente importantes, como la dignidad en sus manifestaciones más básicas, puedan tener un rango tan elevado que ninguna consideración sobre el bienestar general permita justificar su lesión (44).

Hecha esta salvedad, creo que hay dos tipos de posibles justificaciones de medidas lesivas: las que se basan en el *merecimiento* y las que lo hacen en un cierto entendimiento de la *equidad*. Las primeras enlazan la responsabilidad jurídica con la subjetiva, mientras que las segundas operan al margen de ésta.

### 1.º Responsabilidad jurídica merecida

Un rasgo esencial de la perspectiva que tenemos de nuestra inserción en el teatro del mundo es que no somos ni sólo meros espectadores externos de lo que sucede, ni siempre marionetas controladas por fuerzas externas (aunque ambas cosas también lo seamos), sino también actores y guionistas de los que depende la definitiva configuración de la trama. Presuponemos que al menos una parte de lo que acaece es debida a nuestras acciones; puede imputársenos como propia. Consecuencia directa de esta forma de ver las cosas es que habitualmente distinguimos entre hechos que *suceden* y hechos que *hacemos que sucedan*. Lo primero es el campo del azar, lo segundo, del merecimiento (45). Esta distin-

(44) Creo que esto es precisamente lo que sucede en el caso de la prohibición absoluta de las torturas y de las penas o tratos crueles inhumanos y degradantes que contempla la Constitución en el artículo 15. No es que aquí la dignidad esté al margen de la ponderación de intereses, como en ocasiones se ha dicho, sino que en dicha ponderación se le atribuye normativamente un rango *máximo*. Sobre ello, detalladamente, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general» (como en nota 36), pp. 214 ss. y 238 ss.

(45) En el lenguaje ordinario, e incluso en la filosofía moral, el término «merecimiento» se utiliza con diversos significados, algunos más amplios que el del texto. No es infrecuente considerar merecido algo por la mera concurrencia de ciertos atributos objetivos en el sujeto, independientemente de cómo los haya obtenido: por su propia acción libre, por azar, por nacimiento, etc. Por ejemplo, cuando se afirma que alguien merece ganar el premio de belleza por ser el /la más guapo/a, o cuando se dice que cualquier persona merece ser respetada por el mero hecho de ser persona. En el texto utilizo el término en un sentido mucho más restringido, conectado a la acción previa y responsable del sujeto que le hace merecedor de lo bueno y lo malo que de ella se derive. Coloquialmente «merecer X» en este sentido equivale a «haberse ganado X». Un concepto de merecimiento ligado a la responsabilidad es, por lo demás, habitual en filosofía moral –v. por

ción no se empaña al reconocer que la mayor parte de los hechos resultan de la combinación de ambos factores, cada uno con mayor o menor peso. Predomina la suerte en la lotería, aunque para ganar haya que comprar el billete, y predomina el merecimiento en el éxito de un plan de ahorro a largo plazo, aunque el azar juegue un papel en las inversiones.

La responsabilidad jurídica lesiona intereses de quien la sufre, y para éste la lesión, en cuanto hecho, se presenta en lo referente a su origen como cualquier otro hecho: puede ser fruto del azar o de su propio merecimiento (46); puede caerle encima como una desgracia natural o puede habérsela ganado con sus actos previos. Ello nos sitúa de nuevo ante el otro concepto de responsabilidad, el que alude a los antecedentes del hecho, a su origen, y nos obliga a responder a una de las cuestiones que quedó entonces planteada: la de si cualquiera de los niveles de imputación de un hecho a sus antecedentes permite hablar de responsabilidad.

Apuntaba entonces que sólo la imputación subjetiva plena permite considerar a alguien responsable de un hecho. Se trata ahora de justificar brevemente esa opinión y completarla con la siguiente: la imputación subjetiva plena o imputación a la culpabilidad hace responsable al autor y a la vez sirve de presupuesto único a la responsabilidad jurídica basada en el merecimiento. En otras palabras, sólo es merecida la responsabilidad jurídica del responsable subjetivo. Los demás criterios de imputación de un hecho a su causa original –imputación a la causalidad; imputación objetiva; imputación al dolo, etc.– sólo tendrán importancia por sí mismos (no en cuanto parte de la responsabilidad subjetiva plena) en la medida en que su concurrencia sea necesaria para una equitativa distribución en ausencia de merecimiento.

¿Por qué nos interesa mirar al pasado, a los antecedentes del hecho desvalorado que da origen a la responsabilidad jurídica? Inicialmente podríamos pensar que porque así obtenemos una explicación del hecho, pero la cuestión es: ¿para qué queremos explicar

---

ejemplo, SADURSKI, *Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory* (Dordrecht/Boston/Lancaster: D. Reidel, 1985), pp. 116 ss.; BETEGÓN, *La justificación del castigo* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), pp. 209 ss., especialmente 220 ss.

(46) El hecho de que en estos casos intervenga un tercero –los órganos administrativos o judiciales– que imponga la medida (normalmente en su caso de manera plenamente imputable, aunque puede no ser así) no altera en nada la perspectiva del afectado.

un hecho que ya ha sucedido, remontándonos a otros hechos anteriores sobre los que ya no tenemos influencia? Hay dos razones principales para este interés: en primer lugar, nos sirve para aumentar nuestra experiencia y así poder prevenir situaciones futuras semejantes; en segundo lugar, nos sirve para realizar juicios de desvalor de segundo nivel. Es esta segunda razón la que ahora nos interesa.

Si la realidad estuviera conformada por acontecimientos perfectamente individualizables e inconexos entre sí, cada uno de ellos podría ser objeto de valoración directa (primaria) atendiendo a su propia entidad. Pero, desde el momento en que reconocemos conexiones causales entre hechos, entra en juego una posible valoración de segundo nivel en la que un acontecimiento puede ser evaluado en función de otros acontecimientos, primariamente valorados, con los que guarda una relación genética. Un hecho que aisladamente considerado (valoración primaria) puede ser indiferente, valioso, o disvalioso, puede cambiar su calificación si se atiende a otros hechos con los que se encuentra causalmente relacionado (valoración secundaria). Ello no quiere decir que la nueva valoración anule las anteriores, sino simplemente que introduce un nuevo factor que modifica la valoración global (atendiendo a todos los factores) del hecho. La caída de un rayo, que aisladamente considerada puede ser un hecho indiferente, parece dejar de serlo si mata a una persona, convirtiéndose en un suceso desvalorado.

Aunque a primera vista el desvalor primario que identificamos en un hecho podría trasladarse a *cualquiera* de sus condiciones de existencia, sea cual sea su naturaleza, lo cierto es que la valoración secundaria requiere algo más. Esta valoración no se refiere a una mera apreciación de las características valiosas o disvaliosas de un hecho, como es el caso de la valoración primaria, sino que alude a la propia *existencia* del hecho primariamente valorado. Sólo es posible tal valoración cuando la condición del resultado tiene un carácter que, con todas las cautelas, podríamos denominar *originario*. Un ejemplo puede aclarar esta idea: si imaginamos un proceso físico cuyo resultado final es la producción de un resultado disvalioso –por ejemplo el incendio y destrucción de un bosque de especies arbóreas especialmente amenazadas, causado por un rayo–, nuestra atención puede fijarse en el propio resultado desvalorado –la extinción de una especie–, que constituye una valoración primaria, o en el hecho de que tal extinción haya llegado a producirse, que constituye una valoración secundaria, pero este último caso sólo tie-

ne sentido cuando la situación fuera tal que el resultado podía o no producirse. En otras palabras, por mucho que podamos individualizar un antecedente condicional de un suceso, como puede ser el rayo respecto del incendio, no tiene sentido atribuirle una valoración propia como causa de tal suceso si su propia existencia resulta físicamente condicionada por una situación previa. En una sucesión causal podemos seleccionar una determinada parcela espacio-temporalmente definida –la evaporación del agua que genera las nubes; los fenómenos atmosféricos que provocan la carga eléctrica; el propio rayo, etc.–, condicionalmente conectada con el resultado disvalioso que examinamos –la destrucción de árboles valiosos–, pero no hay nada en nuestra selección de condiciones que permita una valoración distinta de la primaria que ya hemos hecho. Podemos decir que el rayo es malo porque está conectado con el incendio, o que la carga eléctrica es mala porque está conectada con el rayo y éste con el incendio, etc., pero verdaderamente no habremos salido de la valoración de primer nivel.

Una valoración de segundo nivel, como la que nos interesa para la responsabilidad, no tiene que ver con esto, sino más bien con la idea antes apuntada de selección de acontecimientos de los que verdaderamente *dependa* el que un hecho se produzca o no. Y ello sólo se da en las acciones humanas cuando además se cumplen todos los requisitos de la imputación subjetiva, y no en cualquier otro acontecimiento causal antecedente. Si se dan estas condiciones, el hecho desvalorado es verdaderamente obra del autor, y entonces él mismo con sus actos ha aceptado las consecuencias beneficiosas o perjudiciales que de tal hecho se deriven, la distribución de males aparentemente desequilibrada que entraña la responsabilidad jurídica. Ya no tenemos una desgracia natural que el derecho redistribuye de manera desequilibrada sobre una persona, sino una desgracia creada voluntariamente por alguien, pero cuyos efectos dañinos no recaen en el creador, sino que éste la distribuye arbitrariamente sobre un tercero. El derecho se limita entonces a redistribuir el mal sobre el causante original.

Cuando esta redistribución es factible –por ejemplo, en la reparación civil–, la justificación no plantea problemas. El derecho consigue que quien causa daño de manera injustificada se dañe a sí mismo, lo que a la vez tiene efectos preventivos y de justicia reparadora. Muchos más problemas plantea la justificación de medidas sancionadoras, que, aparentemente, sólo añaden mal sobre mal ya causado. Éste es el caso de la pena criminal, y no es extraño que

siempre y en todas partes su justificación haya dado lugar a intensas discusiones. No voy a entrar en el análisis de esta cuestión, que nos llevaría demasiado lejos, pero sí quisiera apuntar que tanto si su justificación se busca en la retribución del hecho cometido, como en la prevención de futuros hechos, el requisito del merecimiento resulta insoslayable. En la retribución no necesita especial justificación: es algo consustancial a la propia idea retributiva (47). Pero tampoco es distinto en la prevención si la pena ha de ser un instrumento no sólo útil sino también justo. La carga que impone la pena es especialmente gravosa para el que la soporta, y en su naturaleza está que no puede ser compensada sin perder la finalidad que le es inherente. Este desequilibrio en la imposición sólo puede ser justificado si hay merecimiento.

No puede concluir este apartado sin dejar planteado el problema principal al que se enfrenta una responsabilidad jurídica basada en la responsabilidad subjetiva, que no es otro que la amenaza para el concepto de libertad que procede de una visión del mundo en la que el comportamiento humano que sirve de base a la responsabilidad queda sometido al principio causal como cualquier otro acontecimiento, desapareciendo entonces la posibilidad de actuar de manera distinta a como se hizo. Con ello parece caer por su base el criterio principal de justificación, que es la opción libre del autor por el hecho lesivo. De esta importante objeción, que enlaza con la clásica polémica acerca de la compatibilidad o incompatibilidad entre determinismo y libertad, me ocuparé en la segunda parte del trabajo.

### 2.º Responsabilidad jurídica equitativa

A falta de responsabilidad subjetiva de alguien en la causación del hecho lesivo, éste debe imputarse al azar. En esta situación existe un derecho igual de todos a no soportar lesiones. Pero hay males que son inevitables, y la cuestión que se plantea es quién debe cargar con ellos. Las reglas de distribución de los males inevitables deben atender, entonces, a la equidad; al mantenimiento de la situación de partida si es justa, o a su modificación mediante criterios correctores de justicia distributiva si no lo es.

---

(47) Un desarrollo pormenorizado de la idea de merecimiento aplicado a la justificación retributiva de la pena puede verse en BETEGÓN, *La justificación del castigo* (como en nota 45), pp. 284 ss.

Son tres las opciones de reparto con que contamos: no intervenir, dejando que el azar reparta suerte; desplazar el daño, total o parcialmente, a un tercero con apoyo en algún criterio de justicia; o distribuirlo universalmente entre todos los ciudadanos. Ninguna de las tres opciones es excluyente; todas pueden ser justas y adecuadas en ciertos contextos. Muchas veces, además, la elección de una u otra va a depender de criterios de utilidad.

La *distribución «natural» del daño*, si de verdad es natural, tiene una importante ventaja: no es manipulable y en ese sentido es completamente imparcial. Cada uno disfruta de lo bueno que le toque en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio. Otra ventaja secundaria es que es totalmente económica desde una perspectiva procesal: al no haber reasignación, no hacen falta procedimienrtos jurídicos. En ciertos contextos, como frente a males de escasa entidad que procedan de fuente natural, es seguramente el mejor criterio posible tanto por su utilidad práctica como por su imparcialidad. Pero en otros contextos puede resultar injusto y contraproducente. Obviamente lo es cuando se aplica a males provocados por hechos culpables en los que la asignación inicial del daño es parcial, esto es, depende de la voluntad del lesionante; o cuando el daño es muy grave y difícilmente puede ser compensado por la buena suerte del que lo padece. También plantea problemas cuando se aplica a situaciones en las que es posible prevenir un mal natural o provocado causando otros males menores a terceros ajenos (situaciones clásicas del estado de necesidad). En cualquiera de estos casos pueden ser mejores opciones el desplazamiento a un tercero o la redistribución universal.

*Desplazar el mal a terceros* parece la solución más razonable desde un punto de vista de justicia distributiva, en dos casos: cuando media una causación culpable, lo que se ha examinado en el apartado anterior, o cuando alguien se beneficia de la actividad arriesgada que provoca el mal ajeno, en cuyo caso es el beneficiario quien deberá adoptar a su costa medidas preventivas para evitar la lesión, o repararla si ya se ha producido. Este desplazamiento tiene su aplicación principal en la responsabilidad civil por riesgo, basada en el principio *ubi commodum ibi et incommodum*. También en Derecho penal puede tener aplicación este principio; por ejemplo en la delimitación de las posiciones de garantía en los delitos de omisión, especialmente en caso de injerencia.

La imputación de responsabilidad en estos casos plantea el problema complejo de determinar quién y hasta dónde es alguien be-

neficiario del riesgo que provoca el mal ajeno, pero si efectivamente puede concluirse que hay beneficio, entonces el argumento de justicia distributiva es claro: al imponerle responsabilidad se reinstaura el equilibrio inicial roto por el hecho lesivo. El reparto resulta plenamente equitativo.

Hay otras situaciones en las que el desplazamiento del daño a un tercero puede estar también justificado. Cuando la persona que ha sido dañada o está en peligro no es con certeza responsable subjetiva ni beneficiaria indirecta del hecho y hay otra u otras que lo son con una cierta probabilidad, tiene sentido invertir la carga de la prueba de la ausencia de responsabilidad, imputándosela inicialmente al presunto responsable. Incluso puede ser razonable establecer una responsabilidad puramente objetiva complementada con un seguro obligatorio, lo que supone en realidad una redistribución general del daño entre los que se benefician de la actividad arriesgada.

Por último, la *redistribución general del daño* entre todos los miembros del grupo social es ciertamente la mejor y más justa solución en muchos casos, ya que aparentemente mantiene la respectiva posición de las partes anterior a la amenaza o la lesión; pero ni es siempre racional –en particular no lo es en aquellos examinados en el punto anterior– ni es siempre justa –una misma carga aplicada linealmente puede agudizar la desigualdad de base en perjuicio de quienes parten ya de una posición inferior, aunque esto puede corregirse mediante redistribuciones no lineales sino escaladas (a través de impuestos progresivos, etc.)–. Es especialmente adecuada para casos de daños de gran entidad que no pueden ser compensados por la propia fortuna. Normalmente la redistribución será indirecta, mediante compensación económica, porque el mal no podrá ser dividido.

### c) *Conflictos entre utilidad y justicia distributiva*

Los dos aspectos que, a efectos de análisis, he distinguido dentro del problema general de la justificación de medidas jurídicas lesivas se refieren respectivamente a la comparación entre bienes salvados y lesionados (utilidad), y a la distribución de las cargas (justicia). La actuación de ambos principios de cara a la justificación de la responsabilidad puede orientarse en la misma dirección, pero también eventualmente en direcciones opuestas. Atendiendo a

estos dos baremos existen cuatro combinaciones posibles, dos extremas, en las que la justificación se produce siempre en una y nunca en la otra, y dos intermedias, en las que la justificación depende del respectivo peso de los factores favorables y desfavorables.

La primera combinación se produce cuando la lesión provocada no sólo produce una mejora cuantitativa en los intereses protegidos (o al menos un mantenimiento de la situación de partida), sino que a la vez está justamente distribuida. En estos casos el hecho estará siempre justificado, ya que hay un avance neto, sin contrapartidas. Ejemplos pueden ser, en el ámbito de la responsabilidad jurídica, la imposición de una pena criminal al autor culpable de un delito o la obligación de reparar civilmente un daño por parte del que lo ha causado dolosamente; en las causas de justificación, un trasplante intervivos con consentimiento del donante que salva la vida del receptor del órgano, o una legítima defensa en la que se causa una lesión al agresor y con ello se evita la muerte de la víctima. En todos ellos el saldo de protección es favorable y la distribución justa.

Las dos combinaciones intermedias se producen cuando hay una mejora cuantitativa en los bienes protegidos pero una distribución injusta, o, al revés, un empeoramiento en la protección pero una distribución adecuada. En ambos casos se produce un conflicto entre un hecho que apoya la justificación y otro que se opone a ella. Su peso respectivo decidirá. Un ejemplo del primer grupo, en el que no se produce la justificación, podría ser un trasplante de órganos como el mencionado anteriormente pero impuesto coactivamente al donante. Aunque en este caso se salva la vida de alguien a cambio de una lesión en la integridad de menor valor cuantitativo, la distribución del daño resulta injusta porque falta el consentimiento. Como aquí el mal causado es, a su vez, de gran entidad, el margen de mejora cuantitativa es escaso y no es capaz de compensar el efecto negativo de una injusta distribución. El hecho no está justificado.

Distinta es la cosa cuando el interés protegido prepondera de tal forma sobre el lesionado que incluso una distribución injusta no es suficiente para negar la justificación. La lesión de la propiedad ajena por parte de una persona sin recursos para salvar su propia vida o la de otro es lícita por más que al final el perjudicado sea un tercero que nada tenía que ver con la amenaza inicial. Otro ejemplo puede ser los deberes de socorro legalmente impuestos por el delito de omisión del deber de socorro. En el primer caso el ordenamiento impone una obligación de no hacer que entraña la pérdida de un dere-

cho de propiedad –debe soportar el daño, pese a que no va recibir compensación por ser indigente el causante–, y en el segundo de hacer, que limita la libertad –debe socorrer–, y en ambos casos el obligado es un tercero ajeno al riesgo inicial. En situaciones de este estilo es habitual considerar que es el principio de solidaridad interpersonal el que permite explicar el deber, pero también el caso anterior de la donación no consentida era un caso de solidaridad y no había justificación. Es la ponderación cuantitativa del mal amenazado y el causado la que decide los límites de la solidaridad. Por eso el trasplante es antijurídico y no la salvación de la vida a costa de una pérdida definitiva de la propiedad; y por eso puede omitirse el socorro cuando hay riesgo propio o ajeno, ya que entran en juego nuevos intereses en la ponderación junto a la libertad, y no cuando no lo hay y el único interés del que socorre que entra en conflicto con los del socorrido es su libertad para permanecer impasible.

Como en todo supuesto intermedio, sus límites se van haciendo cada vez más difusos según el peso respectivo de los factores favorables y desfavorables se va aproximando. Por ejemplo, entre los penalistas nadie duda que no cabe justificación en el caso del trasplante no consentido, pero se ha discutido vivamente si el estado de necesidad puede justificar una extracción de sangre no consentida que sirva para salvar la vida del transfundido. La mayor parte de la doctrina se muestra contraria, pero algunos autores cualificados, como Roxin, admiten la justificación (48). Y uno de los argumentos de este autor es precisamente que pequeñas intervenciones corporales no consentidas, realizadas para salvar intereses ajenos, no llegan a lesionar la dignidad del obligado (49).

---

(48) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 3.ª ed. (Munich: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997), § 16, nnmm. 43 y s.

(49) En un caso como éste se muestran las ventajas de un análisis de la justificación como el aquí propuesto, en el que se distingue la utilidad y la justicia distributiva. Para apoyar su propuesta, Roxin alega, entre otros argumentos, que también son lícitas otras intervenciones forzosas sobre el cuerpo de una persona, como las impuestas por las leyes de vacunación, o la propia extracción de sangre para esclarecer delitos o comprobar la paternidad. Ello es cierto, pero es que en estos dos casos el criterio de distribución es favorable a estas medidas, cosa que no sucede en la extracción de sangre. Entre los criterios de distribución justa se encuentra el de que cada uno soporte su mala suerte natural sin desplazarla a terceros (salvo una redistribución general), lo que permite sin problemas justificar la vacunación obligatoria, ya que la posible fuente de contagio procede del que va a sufrir la restricción. En cuanto a la extracción con fines procesales, responde también

El caso inverso se produce cuando el interés lesionado es cuantitativamente mayor que el evitado, pero su distribución es correcta. Al igual que en el anterior, la justificación depende del peso respectivo de ambos factores, y, de la misma manera, los problemas de delimitación se agudizan en la zona media. Así, por ejemplo, está justificado por legítima defensa causar un daño superior al amenazado –por ejemplo una muerte para evitar una lesión de la integridad–, pero se requiere que haya una agresión ilegítima. En estos casos, la justa distribución del daño, que va a recaer sobre el agresor que, en cuanto tal, se hace merecedor a él, permite justificar un daño cuantitativamente superior (50). La solución favorable a la licitud no plantea problemas cuando la desproporción entre los males es pequeña, pero según va aumentando cada vez resulta más problemática, hasta el punto de que muchos ordenamientos limitan voluntariamente el alcance de la legítima defensa cuando hay una grave desproporción. En Francia, por ejemplo, no es lícito defender la propiedad si para ello es imprescindible causar dolosamente la muerte de otro, y en España el artículo 20.4.° CP pone a su vez límites al alcance de la defensa legítima del patrimonio.

La última combinación posible es la opuesta a la primera examinada. Se produce cuando la acción lesiva no provoca una mejora cuantitativa en la salvación de otros bienes y a la vez la distribución es injusta. Un ejemplo es el delito, que provoca lesiones no compensadas y recae sobre personas inocentes. En estos casos nunca cabe justificación.

La conclusión principal que debe extraerse del examen de los casos de conflicto es que ninguno de los dos factores que inciden en la justificación tiene un peso absoluto. La responsabilidad jurídica debe apoyarse en ambos. La segunda parte del trabajo se dedica al examen de la cuestión que había quedado pendiente: cómo justificar la responsabilidad subjetiva.

---

a otro criterio distributivo como es la presunción de culpabilidad. La extracción de sangre para salvamento, sin embargo, no está apoyada más que por un criterio de orden inferior como es la reciprocidad impuesta.

(50) De ahí la importancia de restringir la legítima defensa a los casos de agresión culpable. Sólo aquí el criterio de distribución contra el plenamente responsable (criterio de orden primario) tiene el peso suficiente para justificar una lesión cuantitativamente superior a la evitada. Aunque no es tesis mayoritaria, un importante sector doctrinal se inclina por esta restricción del significado de la agresión ilegítima –sobre ello, v., por todos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa* (Barcelona: Bosch, 1978), pp. 230 ss. y 333 ss.–

## II. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y LIBERTAD

### 1. **Responsabilidad y capacidad de actuar de manera distinta**

Cuando hablamos en derecho de responsabilidad subjetiva, solemos hacerlo en el sentido de que la imposición de una consecuencia jurídica desfavorable, pena o reparación, depende de que se cumplan ciertos requisitos subjetivos que aluden a la persona del supuesto responsable o a su relación con el hecho, requisitos que permiten imputarle el hecho como obra suya. Generalmente decimos que el autor debe ser «culpable» del hecho antijurídico (51). Con ello lo que se está haciendo es fundir bajo una misma expresión los dos conceptos de responsabilidad que hemos distinguido anteriormente. Se habla de responsabilidad subjetiva para indicar la responsabilidad jurídica –imposición de penas y reparación– basada en la responsabilidad subjetiva o moral –causación culpable del hecho desvalorado.

La existencia de responsabilidad subjetiva es, al menos aparentemente, el principal criterio legitimador de la responsabilidad normativa. Con su concurrencia parecen cumplirse los dos requisitos elementales de legitimidad de la intervención: utilidad y justicia. Es una intervención útil porque los elementos que definen la responsabilidad subjetiva son el presupuesto elemental de efectividad directiva de las normas primarias de comportamiento, con lo que la exigencia de responsabilidad subjetiva se convierte en condición necesaria de la prevención. Es una intervención justa porque se basa en el merecimiento; porque la distribución de los efectos lesivos se hace a costa de la persona que tuvo en sus manos que el mal no se hubiera producido.

Ambos requisitos, y manifiestamente el segundo, pueden quedar, sin embargo, afectados por la posibilidad de que la responsabilidad subjetiva carezca de una base ontológica firme en la que asentarse. De manera constante se ha vinculado la responsabilidad a la libertad del agente, y más concretamente a la posibilidad de que éste hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo.

(51) Aunque en Derecho penal la doctrina mayoritaria ubica ciertos elementos fundamentales de la imputación subjetiva –dolo e imprudencia– en el ámbito del injusto, esta opción sistemática no afecta al núcleo del problema aquí tratado. Se examine en un sitio u otro, todo el mundo requiere la presencia de estos elementos.

Si no había alternativa real de acción correcta, el sujeto no puede ser hecho responsable de lo malo que haya causado. Pero este presupuesto básico de la responsabilidad se contradice con una visión de la realidad, que tiene importantes apoyos en la ciencia y en la filosofía, según la cual el mundo está regido por la ley de la causalidad, de manera que todo acontecimiento, y la actividad humana no es una excepción, tiene su origen en hechos precedentes que lo condicionan necesariamente, no quedando entonces espacio para una acción original, no determinada, como la que parece requerir la responsabilidad subjetiva. Ayer ha planteado los términos básicos de la discusión de la siguiente manera:

> Cuando digo que he hecho algo por mi propia voluntad, estoy afirmando implícitamente que yo podía haber actuado de otra forma, y sólo cuando se acepta que yo podía haber actuado de otra forma estoy en posición de ser moralmente responsable por lo que he hecho, ya que un hombre no es considerado moralmente responsable por una acción que no pudo evitar. Pero si el comportamiento humano está completamente gobernado por leyes causales, no está claro cómo cualquier acción realizada hubiera podido evitarse. Podría decirse que el agente hubiera actuado de otra forma si las causas de su acción hubieran sido diferentes, pero de ser lo que fueron parece deducirse que estaba forzado a hacer lo que hizo. De manera que es comúnmente asumido a la vez que el hombre es capaz de actuar libremente, en el sentido necesario para hacerle moralmente responsable, y que el actuar humano está enteramente gobernado por leyes causales, y es el conflicto entre estas dos asunciones el que provoca el problema filosófico de la libertad de la voluntad (52).

Este problema ronda la filosofía moral desde sus orígenes, permaneciendo hasta hoy como cuestión central y para muchos no resuelta de la responsabilidad. Aunque ya aparece planteada en los autores griegos (53), adquiere su verdadera dimensión con el ex-

(52) «Freedom and Necessity», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), cit. p. 15.

(53) Epicuro fue uno de los primeros autores en enfrentarse al problema que plantea el determinismo para la filosofía moral. De él procede, además, una de las más clásicas objeciones filosóficas al determinismo. Sobre Epicuro, v. De WITT, Norman Wentworth, *Epicurus and his Philosophy* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954), pp. 171 ss., para quien Epicuro fue el primero en plantear el conflicto entre libertad y determinismo –p. 171–. También Aristóteles plantea de manera indirecta el problema al tratar de la acción voluntaria, que ori-

traordinario desarrollo de las ciencias naturales, especialmente la astronomía y la física, a partir del siglo XVI, que por primera vez puso ante los ojos del hombre el determinismo como una hipótesis científica que podía entrar en abierto conflicto con la supuesta libertad de voluntad (54).

En Derecho la discusión se liga a la fijación de los presupuestos de la responsabilidad jurídica. Allí donde, como en el Derecho penal, se requiere como presupuesto necesario de la responsabilidad la exigencia de culpabilidad, aflora el problema de determinar su fundamento material. Al igual que en las discusiones de la filosofía moral, y con un evidente paralelismo, se discute si el fundamento de la culpabilidad es la capacidad de actuar de modo distinto o si, partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, deben buscarse soluciones alternativas, bien en forma de una distinta fundamentación de la categoría, bien incluso prescindiendo de ella (55).

---

gina el hecho, como base de la responsabilidad. V., por ejemplo, MEYER, Susan Sauvè, *Aristotle on Moral Responsibility. Character and Cause* (Oxford: Blackwell, 1993); BROADIE, Sarah, *Ethics with Aristotle* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1991), esp. pp. 124 ss. y 149 ss.; KENNY, Anthony, *Aristotle's Theory of the Will* (Londres: Duckworth, 1979), pp. 39 ss. y 49 ss.; IRWIN, Terence H., *Aristotle's First Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1988), pp. 340 ss.; «Reason and Responsibility in Aristotle», en Amélie OKSENBERG RORTY (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics* (Berkeley/Los Angeles/Londres: University of California Press, 1980), pp. 117 ss.

(54) Así, VON WRIGHT, «Of Human Freedom», en *In The Shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind* (Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1998), pp. 1 y 29.

(55) Suele considerarse un momento decisivo en la discusión penal sobre el fundamento material de la culpabilidad la aparición de la monografía de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart* (Berlín, 1963). Esta obra tuvo un efecto revulsivo, pero ya antes se había planteado con claridad el problema. Unos de los trabajos más relevantes y a la vez menos conocidos en esta línea es el de HÖPFNER, «Zur Tragweite der Normenlehre», *ZStW*-23 (1903), pp. 653 ss.– que defendió la reformulación subjetiva de la norma penal entre otras razones para poder eliminar la culpabilidad de los requisitos del delito debido a la indemostrabilidad del libre albedrío. En España ha tenido gran influencia el trabajo de GIMBERNAT, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (como en nota 41), pp. 140-161, al que luego hago referencia. Un resumen de las diversas perspectivas de la doctrina penal en relación con este problema puede verse en DREHER, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten* (Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987), pp. 29 ss.; también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena* (Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma, 1990), pp. 93 ss. Centrado en la

La discusión presenta evidentes similitudes en ambos campos, y también las soluciones ofrecidas, que se construyen combinando las respuestas que se den a dos cuestiones: en primer lugar, según se admita o no el determinismo como hipótesis ontológica de partida, lo que, siguiendo una terminología acuñada, permite distinguir entre posiciones deterministas y libertarias; en segundo lugar, según se admita o no la compatibilidad entre determinismo y responsabilidad subjetiva, lo que a su vez permite diferenciar compatibilistas de incompatibilistas. Aunque ambas cuestiones son, en principio, independientes, lo que arroja cuatro combinaciones teóricas, lo cierto es que prácticamente sólo se mantienen tres. Quienes niegan el determinismo suelen ser a la vez incompatibilistas y de hecho no es infrecuente que se adopte una posición favorable al libre albedrío precisamente como consecuencia de la asunción previa de la incompatibilidad entre determinismo y responsabilidad. En estos casos, la respuesta a la primera pregunta queda condicionada por la segunda, pese a que aquélla se presenta como una genuina cuestión ontológica cuya respuesta depende sólo de la real conformación del mundo –invariablemente sometido a leyes causales, o abierto a contingencias no determinadas–, y no de nuestras creencias o de los efectos que ello pueda tener sobre el concepto de responsabilidad.

Hay una respuesta a cada una de estas preguntas que hace innecesario plantear la otra. Si se niega el determinismo y se acepta la posibilidad de un comportamiento libre no necesariamente condicionado por los antecedentes, no hace falta cuestionar la compatibilidad del determinismo con la responsabilidad. Pero, por otro lado, si se adopta una posición compatibilista, la cuestión de si el mundo está o no determinado resulta indiferente. Como generalmente se admite que hoy por hoy una respuesta definitiva a la cuestión de si el mundo está plenamente determinado es imposible, la polémica suele centrarse en la cuestión de la compatibilidad de responsabilidad y determinismo. Pero hay un factor que hace esta última discusión especialmente dramática y que permite entender los sucesivos intentos compatibilistas, y tiene que ver con la respuesta probable a la otra cuestión. Aunque generalmente se admite que todavía no es decidible de manera definitiva, e incluso aunque pueda defenderse que en un sentido fuerte nunca lo será, lo

---

teoría penal del siglo XIX, HOLZHAUER, *Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit* (Berlín: Erich Schmidt Verlag, 1970).

cierto es que son muchos los factores que juegan a favor de una respuesta favorable al determinismo o a un indeterminismo que, para la cuestión que estamos tratando, resulta en todo idéntico al determinismo estricto. Como ha indicado Honderich, «El problema real del determinismo y la libertad es encontrar o idear una respuesta *satisfactoria* a la probable verdad del determinismo» (56). Por ello, los intentos por desarrollar y fundamentar una teoría compatibilista resultan especialmente apremiantes. Si la estructura de la realidad no parece en principio la que consideraríamos más idónea para soportar un concepto como el de responsabilidad subjetiva, ligado a la capacidad de actuar de manera distinta, resulta perentorio demostrar que, pese a ello, este concepto se asienta sobre bases sólidas.

En ocasiones parece apuntarse que no estamos ante un verdadero problema (57). Desde la perspectiva de la filosofía moral esta salida parece, cuando menos, discutible. Si un problema es una proposición o dificultad de solución dudosa hay pocas cuestiones que lo sean tanto. Es difícil explicar cómo es posible que un pseudo-problema haya inquietado tanto a tantos en cualquier lugar y a lo largo de tanto tiempo, y hasta el punto de verse en muchos casos personalmente afectados por él (58).

Lo que se plantea es un conflicto entre dos visiones de la realidad aparentemente antagónicas: por un lado la perspectiva que tenemos de nosotros mismos como seres al menos parcialmente libres y por ello responsables de las opciones que elegimos; por otra la perspectiva general del mundo, ligada al pensamiento científico,

---

(56) *¿Hasta qué punto somos libres? El problema del determinismo* (Barcelona: Tusquets, 1995) (traducción de Antonio-Prometeo Moya del original en inglés *How Free are You? The Determinism Problem.* Oxford: Oxford University Press, 1993), cit. p. 141 (subrayado en el original).

(57) Discute la posición de Moritz Schlick en este sentido CAMPBELL, «Is "Free Will" a Pseudo-Problem?», en Herbert Morris (ed.), *Freedom and Responsibility. Readings in Philosophy and Law* (Stanford: Stanford University Press, 1961), pp. 473 ss. [inicialmente publicado en *Mind,* LX (1951), pp. 445-461]. También ROSS llega a afirmar que «el argumento determinista de que la noción de imputabilidad (responsabilidad moral) no tiene significado es demasiado implausible para que nadie lo haya tomado en serio» –«The Campaign against Punishment», *Scandinavian Studies in Law,* 14 (1970), cit. p. 129.

(58) En palabras de von WRIGHT, esta cuestión ha atormentado a filósofos en los últimos tres siglos, en los que los descubrimientos científicos han hecho más plausible la hipótesis determinista –«Of Human Freedom» (como en nota 54), cit. p. 29–. Más adelante veremos algunos testimonios personales en esta línea.

que conecta cada acontecimiento –incluidas nuestras acciones– con otros acontecimientos precedentes que los originan siguiendo pautas necesarias expresables mediante leyes naturales, y así sucesivamente hasta el origen del universo. Pero si cada hecho está conectado necesariamente con los que le preceden, no se ve muy bien cómo puede ser alguien responsable de un hecho sobre la base de que podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo. De hecho, esta visión de las cosas apunta a que nada puede ser de manera distinta a como realmente ha sido, y ello no sólo parece destruir la otra perspectiva que nos ve como seres libres, sino que a la vez parece que deja al desnudo todas aquellas actitudes y prácticas sociales que se basan en ella: el reproche y la alabanza, el remordimiento y la satisfacción por lo realizado.

Por si esta confrontación no fuera suficiente problema, aún hay más. De las dos perspectivas, nuestro interés se centra en la primera, en la libertad. Es ésta la que queremos defender frente a la amenaza del determinismo. Querríamos que nuestra percepción de las cosas se correspondiera con la estructura de la realidad. El determinismo, o el cuasideterminismo, no provoca nuestra devoción. Si los invocamos es porque representan opciones empíricas creíbles o al menos razonables acerca de la probable estructura de la realidad, y nuestra racionalidad nos aconseja adaptar nuestras creencias a la realidad y no al revés. El problema es que la perspectiva que nos interesa defender, la del hombre subjetivamente responsable de sus actos y merecedor de alabanzas o reproches, no sólo no parece compaginable con la imagen de la realidad que ofrece la perspectiva determinista, sino con ninguna otra perspectiva imaginable. Si es difícil compatibilizar libertad y determinismo, mucho más difícil es encontrar una explicación indeterminista que satisfaga nuestra percepción de libertad. De esta objeción me ocuparé más adelante al tratar de las soluciones libertarias.

De ser cierto lo anterior, el problema se multiplica. Ya no tenemos sólo un conflicto entre cómo nos percibimos y una determinada perspectiva más o menos probable de cómo parece configurarse el mundo del que somos parte, sino un conflicto con cualquier estructura posible del mundo, ya que determinismo e indeterminismo agotan las posibilidades de descripción.

Tampoco para los juristas puede considerarse éste un pseudoproblema. Es cierto que, a diferencia de la filosofía moral, aquí no parece estar en juego el propio núcleo de la materia. Hemos visto que la responsabilidad jurídica puede desligarse, y de hecho se

desliga frecuentemente, de la responsabilidad subjetiva o culpabilidad. Sin embargo, no es menos cierto que en algunos sectores jurídicos –el más representativo es el Derecho penal– la culpabilidad ha adquirido a lo largo de la historia un papel imprescindible. Seguramente muchos penalistas estarían dispuestos a afirmar que el principio de culpabilidad es el principio esencial del Derecho penal moderno (59), incluso por encima del de legalidad, entre otras cosas porque el consecuente seguimiento de aquél entraña las más importantes garantías de seguridad y certeza propias de éste, pero no al revés (60). Aunque, como veremos, se ha propuesto en ocasiones la desaparición del principio de culpabilidad, y con más frecuencia su mantenimiento pero desligado de la posibilidad de actuar de manera distinta, lo cierto es que estas soluciones no dejan de ser problemáticas. En particular, las dificultades, no siempre advertidas, no tienen que ver con la pérdida de una justificación utilitaria de la pena, que puede obtenerse sin demasiados problemas de su función preventiva (61), sino del otro aspecto de justificación aludido en la primera parte de este trabajo: al caer la libertad, arrastra consigo el criterio de merecimiento que permitía justificar la inusualmente desequilibrada distribución de cargas que entraña la pena.

Fuera del Derecho penal y de la justificación de la pena se plantean también otros problemas jurídicos de alcance más general. Por ejemplo, la propia idea de *deber*, base de cualquier construcción jurídica, parece verse conmocionada en sus cimientos por el determinismo. Aun admitiendo las dificultades que encierra su interpretación, hay algo indudablemente cierto en el clásico principio «debe entraña puede». La imposición de deberes, al me-

---

(59) Cita ROSS –«The Campaign against Punishment» (como en nota 57), p. 147– la acertada opinión del jurista danés Carl Goos para el que el principio de culpabilidad es la Magna Carta de los ciudadanos frente al poder del estado.

(60) Como ha recordado ROXIN, es una idea antigua derivar el principio de legalidad del de culpabilidad –*Derecho penal. Parte General. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), § 5, nnmm. 24 y s., pp. 146 y s., y la bibliografía allí citada–. Muy claro en esta línea, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), p. 249.

(61) Así lo entiende Liborio HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR al considerar «plenamente convincente» desde una óptica estrictamente preventiva el argumento de Gimbernat para prescindir en la culpabilidad de la capacidad de actuar de modo distinto –«Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 565 ss.–, al que, sin embargo atribuye otros inconvenientes decisivos.

nos si se entiende como instrumento directivo de conducta, sólo tiene sentido dentro de las capacidades del destinatario del deber (62), y aquí el determinismo plantea un dilema en el que se han visto enredados algunos autores que han defendido a la vez la aplicación irrestricta del principio y una visión determinista de la realidad. Por ser uno de los que lo padeció de forma más aguda lo denominaré «dilema de Hold von Ferneck» (63), lo que además permitirá identificarlo en la discusión posterior. Si el nacimiento de un deber jurídico se vincula a la existencia de ciertos requisitos en el destinatario y en la situación que condicionan la capacidad para cumplir el deber (lo que parece muy razonable), y a la vez se admite que todo lo que acontece lo hace de manera necesaria y nada podía haber sido distinto a como fue, entonces, aparentemente, no cabe infringir deberes, ya que la infracción muestra de manera inmediata que no se daban las condiciones de cumplimiento, lo que a su vez hace desaparecer el deber (64). Este dilema no es en realidad más que una manifestación especialmente clara del problema general examinado. En un mundo sin contingencia (o sólo con contingencia puramente azarosa) no parece haber espacio para un deber-ser (65).

Por último, en Derecho penal el problema tiene también una evidente dimensión práctica. La exención de responsabilidad en las causas que excluyen la acción y en las de inimputabilidad tiene una base común, hasta el punto de que históricamente no se distin-

(62) Sobre ello, pormenorizadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. 9 y especialmente pp. 524 ss.

(63) En su obra, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*. Vol. I: *Der Begriff der Rechtswidrigkeit* (Jena: Gustav Fischer, 1903), pp. 121 y 169 ss., y especialmente Vol. II, 1.ª parte: *Notstand und Notwehr* (Jena: Gustav Fischer, 1905), p. 27.

(64) Aunque la cuestión no tiene aquí demasiada importancia, la solución que dio a este problema Hold von Ferneck fue incorrecta, y de hecho supuso la renuncia parcial a su planteamiento de partida sobre el deber. Sobre ello v. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), cap. V, ap. 5, especialmente pp 339 y s.

(65) De hecho, una de las posibles definiciones de determinismo es la que excluye del mundo el poder-ser. Así, por ejemplo, para Von WRIGHT el determinismo son «las ideas con arreglo a las cuales lo que es, también (de una manera u otra) *ha tenido que ser*» –«El determinismo y el estudio del hombre», en Juha Manninen y Raimo Tuomela (comps.), *Ensayos sobre explicación y comprensión. Contribuciones a la filosofía de las ciencias humanas y sociales* (Madrid: Alianza editorial), cit. p. 183.

guía entre ellas (66). Las primeras suponen la admisión del nivel más elemental, y por ello universalmente admitido, del principio «debe entraña puede». Si el autor ni siquiera tenía la capacidad física de evitar (o realizar) el hecho, no habría acción (u omisión), desapareciendo con ello el presupuesto elemental de cualquier imputación. Las causas de inimputabilidad muestran una versión similar, aunque menos conspicua de este hecho. Habitualmente se considera que hay inimputabilidad cuando, por la existencia de anomalías psíquicas o de un desarrollo insuficiente, el autor no tenía capacidad para entender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (ésta es la regla que sigue el Código penal en el artículo 20 1 y 2). Al menos en los casos más claros de inimputabilidad –niños de escasa edad; grave perturbación mental– la ausencia de responsabilidad se vincula a la incapacidad del sujeto para dirigir su propio comportamiento. Las situaciones anormales que originan inimputabilidad han ido ampliándose a lo largo de la historia a la par que al avance de la ciencia. Modificaciones genéticas o enfermedades mentales que predisponen a cometer delitos eran históricamente desconocidas y consideradas como simple manifestación de una voluntad criminal libre. El caso de los cleptómanos es significativo. La pregunta es si el progresivo descubrimiento de circunstancias que condicionan la conducta no irá reduciendo el campo de la imputabilidad hasta hacerla desaparecer, borrando a la vez la distinción entre ausencia de acción e inimputabilidad.

Strawson y, en su misma línea, Nino han negado que de la eventual aceptación del determinismo se derive una modificación en las actitudes reactivas que van normalmente asociadas a la idea de libertad, como el reproche, la alabanza, el remordimiento, etc. Por un lado, estiman poco probable que esto de hecho llegase a suceder de manera natural, visto lo bien asentadas que están estas actitudes en nuestra vida social (respecto de la que más que un agregado son elemento constitutivo esencial). Por otro, tampoco ven argumentos para propugnar o inducir un cambio en esta línea como respuesta racional al determinismo (67). Nino añade, siguiendo a Soler, que la

(66) V. simplemente, a modo de ejemplo de una práctica entonces generalizada, la clasificación de las causas de inimputabilidad de WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch- Teutschen Strafrechts. Erster Theil: enthaltend die Einleitung und den allgemeinen Theil*, Stuttgart: J. B. Metzler'schen Buchhandlung, 1825 (reimpresión facsímil, Frankfurt/Main: Keip Verlag, 1985), §§ 68 ss., pp. 111 ss.

(67) P. STRAWSON, *Freedom and Resentment*, en Gary WATSON (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 59 ss.; NINO, *Introducción a la filo-*

eventual desaparición de la línea de demarcación entre imputables e inimputables tomando como base el determinismo obligaría a su vez a invalidar otras muchas instituciones jurídicas cuya validez depende de la libre voluntad de los participantes, como el matrimonio o los contratos, que siempre serían nulos por fuerza mayor (68).

Estas objeciones parten de perspectivas que tienen un gran interés para la cuestión de fondo, y a ellas me referiré más adelante, pero creo que no conmueven el argumento que ahora estamos evaluando. La primera se sitúa en el plano pragmático de cómo realmente actuamos en relación con los demás, y desde luego aquí es obvio que nos comportamos en gran medida presuponiendo la libertad, y si hasta ahora lo hemos hecho así es seguramente porque hay razones importantes para ello, pero, como reconoce el propio Strawson, ello no garantiza que no estemos equivocados en nuestra percepción. La segunda objeción da un nuevo paso y trata de mostrar además que es racional seguir comportándose de esta manera. Aunque no se ofrecen demasiados datos sobre por qué, más que el hecho de que forma parte de nuestra forma de ser –lo que seguramente es bastante explicación–, ello parece apuntar hacia una idea que me parece importante y que no ha recibido la suficiente atención, que es si, caso de incurrir en un error, no sería éste un error fructífero, lo que en el fondo parece que obligaría a propugnar una actitud de ceguera voluntaria frente al determinismo para no conmocionar este sentimiento. Esta posibilidad se inserta en el marco más amplio de la discusión, cada vez más viva, entre las posibles ventajas e inconvenientes de construir nuestras relaciones interpersonales sobre la base del determinismo. Pero la objeción de Strawson no toca el problema central que ahora nos importa. Es posible que sea racional y útil seguir con nuestras actitudes como hasta ahora, pero ello no permite sortear el problema de la injusticia en la distribución que se provoca al reconocer que toda nuestra actuación está condicionada por antecedentes que nos son ajenos o por antecedentes propios necesariamente provocados a su vez por otros ajenos. Y aquí el recurso de la venda ante los ojos difícilmente vale. Si el mantener nuestras actitudes reactivas basadas en la li-

---

*sofía de la acción humana* (Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1987), pp. 106 ss.; también en *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito* (como en nota 35), pp. 374 ss.

(68) *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 67), p. 107; *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 379 ss.

bertad no sólo ha de ser útil sino también justo, no queda más remedio que buscar una justificación que ya no puede ser el merecimiento basado en la previa originación libre. Esta crítica permite también explicar por qué la objeción de Soler/Nino no resulta decisiva. La validez del matrimonio o de los contratos no es problemática porque su utilidad resulta evidente desde la perspectiva de nuestros intereses, y en su caso, a diferencia del de las sanciones, no se ve afectada la idea de justicia distributiva, que queda perfectamente satisfecha por el beneficio que obtienen de ello los contrayentes y que se expresa en su consentimiento (69).

Con ello no quiero decir que no se puedan encontrar argumentos que permitan seguir distinguiendo y tratando de diferente manera al loco del cuerdo, al menor del adulto, al que actúa a impulsos de sus propios deseos –voluntariamente– o de condicionamientos externos –coaccionado–, sino que, si se acepta el determinismo (o el cuasi-determinismo) como hipótesis acerca de la realidad, las distinciones no pueden basarse en la posibilidad de actuar de manera distinta en el preciso sentido que es incompatible con esta hipótesis (aunque ello no impida que puedan encontrarse otras interpretaciones compatibles u otros principios), porque la realidad nos indica que desde esa perspectiva realmente no hay diferencias. Todo lo que alguien realiza está necesariamente condicionado por sus antecedentes.

Son muchos los *intentos de solución* que se han propuesto para el enfrentamiento entre nuestra percepción de libertad y la probable estructura del mundo al que pertenecemos. Hay dos grandes líneas de solución: o bien considerar la antítesis irreductible (incompatibilismo), y frente a ello negar el determinismo (libertarismo), o la libertad (determinismo fuerte), lo que a su vez puede arrastrar consigo la responsabilidad subjetiva, o propiciar la búsqueda de otra fundamentación ajena a la libertad (70); o bien estimar que ambas opciones son compatibles (compatibilismo).

---

(69) Aunque en el caso de NINO su posición resulta coherente ya que considera que también la pena se justifica distributivamente por el consentimiento del imputado –*Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 225 ss.

(70) Como ha apuntado KENNY, las dos variantes del incompatibilismo llegan a sus conclusiones mediante razonamientos que comparten la premisa mayor pero disienten acerca de la realidad reflejada en la premisa menor: «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que el determinismo es cierto; así que la libertad es ilusoria»; frente a «libertad y determinismo son incompatibles; sabemos que somos libres; así que el determinismo es falso» –*Will, Freedom and Power* (Oxford: Basil Blackwell, 1975), p. 145.

En la filosofía moral predomina esta última opción, con diferentes variantes, y ello es lógico porque, de ser posible, sería a la vez respetuosa con la imagen del mundo que arroja la ciencia y permitiría preservar una base sólida para la responsabilidad moral. En Derecho penal las tesis compatibilistas han tenido menor importancia. Las opciones más bien se reparten entre libertarios, que niegan el determinismo o presumen normativamente la libertad, y deterministas fuertes en sus dos variantes, bien en la versión más radical (y por ello menos frecuente) que prescinde de la culpabilidad, bien en versiones moderadas que le buscan un fundamento distinto de la libertad. Esta última variante se aproxima en realidad bastante a las tesis compatibilistas en sus consecuencias.

Ninguna de las soluciones propuestas resulta plenamente satisfactoria, y es posible que ninguna lo sea, al menos a gusto de todos. Seguramente es éste un caso en el que entre lo que a muchos les gustaría que fuera y lo que es hay una irreductible contradicción (71). Creo que las tesis *incompatibilistas* tienen razón en algo esencial: un concepto de libertad ligado a la posibilidad genuina de actuar de manera distinta es directamente incompatible con la presumible estructura ontológica de la realidad. Hasta la fecha ninguna tesis compatibilista ha conseguido superar este inconveniente. Si el determinismo o el cuasideterminismo son ciertos, entonces ninguna acción humana ha podido ser de manera distinta a como realmente ha sido en el preciso sentido requerido por el libre albedrío en su formulación más clásica, esto es, en el sentido de que ello dependa sólo del propio sujeto y no de condicionantes externos y previos o del mero azar. Pero la tesis *incompatibilista-libertaria* soluciona el problema renunciando a la visión científica del mundo; sustituyendo una explicación asentada en nuestra experiencia de la realidad y sus leyes por otra que, no sólo carece de referentes empíricos, sino que, y esto me parece una objeción decisiva, tampoco satisface las necesidades de una libertad como la que propugnan. Por su parte, la solución *incompatibilista-determinista*, que renuncia al libre albedrío, prescinde de un aspecto de la realidad que no sólo está ahí –que ha surgido determinadamente según sus propias premisas–, sino que ha mostrado que es difícilmente sustituible, y en ello tiene razón Strawson. No sólo no parece pragmáticamente posible, sino ni siquiera racionalmente aconsejable prescindir de las

(71) En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 134.

actitudes reactivas tradicionalmente asociadas a la libertad de voluntad (72).

De las posiciones *compatibilistas* el error principal ya ha sido destacado: su injustificable negativa a extraer las consecuencias que la tesis determinista implica. Ello les aproxima en ocasiones a las tesis libertarias que dicen combatir. Su principal mérito consiste en insistir pese a todo en la necesidad de la responsabilidad subjetiva para justificar las actitudes reactivas que tenemos frente a ciertos actos propios y ajenos, incluidas algunas medidas de responsabilidad jurídica como la pena.

La solución parece entonces presentarse como una –imposible– cuadratura del círculo. Para superar los inconvenientes denunciados cualquier propuesta debería reunir las siguientes características: en primer lugar, ser respetuosa con la previsible estructura de la realidad que nos ofrece la ciencia (requisito de cientificidad); en segundo lugar, ofrecer explicación desde esa misma estructura a un sentimiento de libertad que resulta en algunos aspectos incompatible con ella (capacidad explicativa); en tercer lugar, ser capaz de rellenar sin pérdidas excesivas (alguna es inevitable) y de manera congruente con el primer requisito el hueco en la justificación de la responsabilidad subjetiva que deja la renuncia a la capacidad de actuar de modo distinto (congruencia y capacidad de justificación). Que no es fácil cumplir todos estos objetivos queda demostrado por la inacabable polémica histórica.

En lo que sigue intentaré esbozar una *teoría ecléctica* que satisfaga los criterios enunciados de cientificidad, capacidad explicativa, congruencia y justificación. Coincido entonces con el propósito declarado de autores como Strawson, Honderich, o tantos otros que han tratado de encontrar esa vía intermedia de reconciliación de posturas aparentemente tan antagónicas. Pero ello requiere ante todo fijar con exactitud qué es lo que se intenta reconciliar, que en este caso es, por un lado la probable estructura de la realidad tal y como la percibimos desde la ciencia, –que parece apuntar a un determinismo o cuasi-determinismo– y por otro la percepción de no-

(72) En la misma línea, ha destacado SCHÜNEMANN insistentemente la relación entre libertad y una determinada «reconstrucción social de la realidad» que se encuentra asentada en la estructura básica de la sociedad –cfr. «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (Madrid: Tecnos, 1991; traducción, introducción y notas de J.-M. Silva Sánchez), pp. 147 ss., especialmente pp. 152 ss.

sotros mismos como seres libres y subjetivamente responsables de nuestros actos –que una muy extendida posición en la filosofía moral, la teoría jurídica e incluso en la visión intuitiva del hombre de la calle vincula a la capacidad para actuar de manera distinta–.

Una buena parte de la larga, y en muchos casos infructífera discusión sobre este problema se alimenta de las inexactitudes iniciales a la hora de fijar los extremos que se tratan de conciliar. Esto es especialmente notorio en el caso de los análisis de la estructura de la realidad, tanto del determinismo como del indeterminismo. Diríase que nuestro inicial y natural rechazo al determinismo, a vernos como mero engranaje de un complejo mecanismo cósmico, condiciona nuestra percepción teórica tanto al evaluar la hipótesis determinista (que se desdibuja mediante la ocultación velada de sus implicaciones menos gratas a nuestra percepción) como las alternativas indeterministas que se proponen [más próximas al lenguaje poético que al científico, como se ha destacado con frecuencia (73)]. Por eso, cualquier intento de solución requiere como primera tarea poner de relieve qué nos dice la ciencia sobre la estructura probable del mundo.

## 2. ¿Determinismo?, ¿indeterminismo?, ¿azar?: la visión científica de la realidad y sus implicaciones en el concepto de responsabilidad subjetiva

### a) *El principio causal*

Nuestra imagen de la realidad está condicionada por el desarrollo científico, y hasta ahora éste no permite obtener conclusiones definitivas sobre el tema que nos ocupa. Si así fuera, seguramente se habría aligerado hace tiempo la polémica. Pese a ello, hay ciertas ideas que presentan un alto grado de consenso y una de ellas es la visión causal del mundo. Esta imagen es la de un mundo en movimiento, no estático, en el que identificamos transformaciones con-

(73) Así, expresamente WEATHERFORD, Roy, *The Implications of Determinism* (Londres/Nueva York: Routledge, 1991), p. 161, al comentar la solución libertaria de Chisholm. También STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 79. Por su parte, DENNET habla de «doctrina francamente misteriosa» –*La libertad de acción. Un análisis de la exigencia de libre albedrío* (Barcelona: Gedisa, 1992); traducción de Gabriela Ventureira del original en inglés, *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting*, Cambridge: MIT, 1984.

tinuas de unos estados de cosas a otros, regidos por leyes naturales que intentamos reconstruir inductivamente sobre la base del método científico. Ello se corresponde con el denominado principio causal (74), según el cual presuponemos que los diferentes estados de cosas que podemos observar en un corte cronológico (o al menos algunos de ellos) tienen su antecedente causal en estados anteriores y así sucesivamente en una cadena ininterrumpida que se remonta hasta el comienzo de los tiempos. El conocimiento de las leyes causales que operan la trasformación de unos estados a otros es lo que nos permite predecir acontecimientos y, con ello, modificar la realidad de acuerdo con nuestros deseos. Un estadio menos elaborado de este mismo proceso se produce de manera natural en los animales, cuando aprenden instintivamente a evitar o buscar situaciones que en su experiencia pasada han sido respectivamente dolorosas o placenteras.

Si examinamos la naturaleza del principio causal, plantea más dificultades de las que a primera vista pudiera parecer. Su valor como principio sintético que habla acerca de la realidad es en cierta forma paradójico: habla de la existencia de leyes naturales y a la vez entraña una generalización empírica similar a la que se encuentra en la base de éstas, pero con la diferencia de que no parece refutable, lo que le hace inicialmente sospechoso. Como ha indicado Hospers, «ningún elemento de juicio empírico nos exigiría abandonarlo: podríamos seguir manteniéndolo no importa qué encontremos en la naturaleza» (75). El defensor del principio causal puede siempre atribuir la falta de explicación para un suceso a su propio desconocimiento o a limitaciones epistemológicas sobre lo cognoscible. Para evitar este inconveniente, y sortear también las di-

---

(74) Un desarrollo pormenorizado del principio causal y una defensa del mismo frente a las objeciones de Hume puede verse en WILSON, *Lo mental como físico* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985; traducción de Alfredo Guéra del original en inglés, *The Mental as Physical*, Londres: Routledge & Kegan, 1979), pp. 185 ss.

(75) *Introducción al análisis filosófico* [Madrid: Alianza Editorial, 1984; traducción de Julio César Armero San José y revisión de Néstor Míguez del original en inglés, *An Introduction to philosophical Analysis* (2.ª ed.), Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall 1967], cit. pp. 384 ss. y 394 ss., cit. p. 395. POPPER ha considerado «metafísico» el principio de causalidad por no ser falsable desde una perspectiva empírica –*La lógica de la investigación científica* (Madrid: Tecnos, 1990, traducción de Víctor Sánchez de Zavala del original en inglés, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres: Hutchinson & Co.), pp. 58 ss. y 229 ss.–, por lo que ni lo adopta ni lo rechaza, sino que lo sustituye por «una regla metodológica que se

ficultades propias de definirlo como una verdad analítica *a priori*, se ha propuesto entenderlo como un principio metodológico conductor de la investigación científica (76). Hay algo cierto en esta interpretación, que a la vez sirve para rescatar parte al menos de su validez como principio empírico. Si no se toma como principio absoluto (aunque pudiera serlo) sino como descripción de una parte de la realidad, el principio causal no es un elemento añadido al pensamiento científico ni una más de sus leyes, sino más bien una condición necesaria de su existencia. Hacer ciencia es buscar en la realidad las generalizaciones que conocemos como leyes naturales, y el principio causal se limita a afirmar que existen al menos algunas de estas leyes, lo que es tanto como decir que puede hacerse ciencia. La conexión, entonces, entre ciencia y principio causal es analítica, y ello muestra que su verificación empírica no es separable de la de las concretas leyes naturales a las que se refiere. Vale tanto y llega tan lejos como valgan y lleguen las diferentes leyes que la ciencia admite.

Distinta es la cuestión cuando el principio causal se presenta como una explicación exhaustiva y excluyente de la realidad; cuando se pasa del «por lo que hasta ahora sabemos, una parte de la realidad responde a la existencia de leyes causales» al «toda la realidad responde al principio causal». Es esta versión la que en principio es sospechosa porque no parece admitir refutación. Pero, si bien se observa, la versión fuerte del principio causal no es a su vez más que una generalización inductiva del mismo tipo de las que apoyan la existencia de cualquier ley natural, sólo que de *segundo orden*: es una generalización basada en la comprobación constante de otras generalizaciones. Igual que del hecho de que siempre que calentamos el hierro en condiciones normales éste se dilate inducimos una ley sobre la dilatación (77), del hecho de que siempre

---

corresponde tan exactamente con el «principio de causalidad, que éste podría considerarse como la versión metafísica de la primera». La regla es que «no abandonaremos la búsqueda de leyes universales y de un sistema teórico coherente, ni cesaremos en nuestros intentos de explicar causalmente todo tipo de acontecimientos que podamos describir» –cit. p. 59–. Analiza también el argumento de la no falsabilidad del principio causal O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), pp. 48 ss.

(76) Sobre ello, HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota anterior), pp. 395 ss. La posición de Popper citada en la nota anterior es una muestra de esta actitud.

(77) Naturalmente el método científico no se limita a esta simple comprobación de regularidades. La dilatación se inserta en un cuerpo teórico mucho más

que busquemos una explicación causal para un acontecimiento acabemos encontrándola inducimos que hay una ley general de la causalidad. El argumento está sometido a los mismos límites que cualquier otro razonamiento inductivo (78). En este sentido, aunque no pueda ser refutado, la creencia en él sólo será razonable si efectivamente seguimos encontrando generalizaciones causales de primer nivel –leyes causales–, y por eso podría y debería ser abandonado si de hecho se dieran ciertas condiciones. El siguiente pasaje de Hospers muestra plásticamente esta idea:

> Supongamos que una vez soltamos el lápiz y cae al suelo; la segunda vez vuela por el aire; la tercera vez se convierte en elefante; la cuarta desaparece sin dejar rastro; la quinta nos pega en la nariz y nos reprocha haberle soltado; y así sucesivamente. Supongamos que esto no sólo ocurre con el lápiz, sino con cualquier otra cosa, de modo que no pudiésemos ya descubrir ninguna condición uniforme de la cual dependan los acontecimientos. Seguiría siéndonos dado decir: «A pesar de todo, hay condiciones para cada uno de estos acontecimientos, pero son tan tremendamente complejas que no las he encontrado. Las causas, no obstante, existen; sólo que se ha tornado difícil encontrarlas». Pero también podríamos *abandonar* el principio, no decir ahora que era falso (pues nunca hemos sostenido que fuera verdadero) pero podríamos dejar de considerar que valga la pena adoptar esa regla de juego (79).

---

amplio, que incluye otras leyes, y con el que resulta plenamente congruente, lo que multiplica exponencialmente la fiabilidad de la ley aunque nunca pueda lograrse una prueba definitiva de ella. Muy claro en este sentido, O'CONNOR, *Free Will* (como en nota 27), p. 49.

(78) Entre otros, a la objeción clásica de HUME contra la concepción de la causalidad como realidad ontológica, en la que se pone de relieve que ninguna proyección inductiva sobre una supuesta ley natural que defina conexiones necesarias entre acontecimientos equivale a su demostración, por muy largas y sin excepciones que sean las regularidades sobre las que se asiente la supuesta ley natural –*Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, Tomo I (Madrid: Calpe, 1923 [traducción de Vicente Viqueira del original en inglés *Treatise of Human Nature*). I, Parte 3.ª, secciones II ss., pp. 127 ss., y esp. sección XXIV, pp. 250 ss.–. La bibliografía sobre el problema de la causalidad y la inducción en Hume es inabordable. Una introducción muy clara a este problema puede verse en Max BLACK, *Inducción y probabilidad* (Madrid: Cátedra, 1984 especialmente pp. 37 ss., con abundantes referencias. Crítico con la tesis de Hume, WILSON, *Lo mental como físico* (como en nota 74), pp. 188 ss.

(79) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. pp. 396 y s.

Ello muestra que el valor empírico de un principio causal fuerte es como el de cualquier generalización inductiva (80): vale mientras sea la explicación más plausible que tengamos. Algo debe ser, sin embargo, matizado, y creo que puede tener alguna importancia para la discusión posterior. Cuando Hospers apunta la posibilidad de renunciar al principio causal si los lápices comienzan a convertirse en elefantes, parece referirse al principio causal en cualquiera de sus manifestaciones, pero en realidad sólo puede referirse a su versión más fuerte, la que lo convierte en una ley universal sin excepciones. La propia existencia de un organismo complejo que además razona, como es el espectador que observa el comportamiento de los lápices, es incompatible con la ausencia absoluta de cualquier principio causal. El sujeto debería percatarse de que él mismo y su razonamiento no son imaginables sin presuponer ciertas regularidades en la naturaleza que son las que se encuentran tras las leyes causales. Su opción por seguir o no una generalización inductiva general es a la vez una generalización particular afectada por su propio razonamiento. Si la mutación de los lápices se correspondiera con la definitiva desaparición del principio causal, el propio espectador se convertiría en elefante, volaría por los aires o desaparecería sin dejar rastro, y entonces ya sí que el principio causal dejaría de tener importancia alguna.

Las observaciones anteriores nos sitúan ya adecuadamente ante el problema del determinismo o indeterminismo. Nadie que admita que existen al menos algunas leyes naturales que determinan la transformación de la realidad puede negar el principio causal, aunque desde luego nada impide que tenga una aplicación sólo parcial. Que una buena parte (casi con seguridad la mayor parte) de la realidad responde al principio causal no es discutible, salvo que se esté dispuesto a poner en duda el propio pensamiento científico. El sorprendente éxito de la ciencia de los últimos siglos a la hora de descubrir las leyes naturales y aplicarlas a predecir y modificar la realidad no admite otra interpretación. La pregunta es si toda la realidad responde a este esquema o si ciertos aspectos de ella se escapan al principio causal. El determinismo es la teoría que afirma lo primero y el indeterminismo lo segundo. Su pretensión de vigencia es, por ello, asimétrica. El determinismo estricto niega al indeterminismo, pero no al revés. El indeterminismo como *única* explica-

(80) En este sentido HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), pp. 397 ss.

ción de la realidad no es una propuesta siquiera imaginable porque nada capaz de imaginar puede surgir de un mundo estrictamente caótico (al menos con alguna probabilidad que no sea meramente fantástica). Por ello, el contraste más bien se presenta entre determinismo total por un lado y determinismo parcial –que según deje más o menos campo a lo indeterminado será indeterminismo prevalente o cuasi-determinismo– por otro. Reconocer esto es importante porque con mucha frecuencia se identifica el rechazo del determinismo en sentido estricto (algo que la ciencia no ve con malos ojos) con rechazo del principio causal, sin advertir que la negación del determinismo sólo alcanza precisamente a aquellos aspectos de la realidad indeterminados, pero no a los otros. Si la libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva se vincula precisamente a los aspectos determinados, y ésta es una opción que cada vez defienden más autores, el rechazo del determinismo no alivia nada el problema.

¿Qué nos dice la ciencia sobre esta alternativa –determinismo completo o parcial– y qué significado tiene para la polémica del libre albedrío? Para evitar confusiones posteriores quizá convenga empezar por decir algo sobre el significado de determinismo.

### b) *Determinismo*

Con frecuencia se han desatacado los distintos sentidos en los que puede hablarse de determinismo: así se distingue el determinismo en sentido lógico, físico, psicológico o teológico (81).

– El primero puede ser dejado de lado sin más. La lógica sirve para deducir consecuencias desconocidas a partir de premisas conocidas, pero en ausencia de éstas nada dice. El determinismo es una hipótesis acerca de la realidad física. Si fuera cierta, de ella podríamos deducir lógicamente ciertas consecuencias, de la misma manera que podría hacerse si fuera falsa, pero en ningún caso sirve para determinar el propio presupuesto: la verdad o falsedad del determinismo. Del hecho de que los acontecimientos futuros vayan a tener un día necesariamente el carácter de pasados, y por ello vayan a quedar definitivamente fijados –esto es, vayan a ser a partir de

(81) V., por ejemplo, WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 171 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (Oxford: Clarendon Press, 1970), pp. 65 ss.

ese momento necesariamente ciertos o falsos en su existencia– no se deduce que antes de que acaezcan ello ya sea así. De hecho la hipótesis indeterminista dice precisamente que la realidad está abierta, y que por ello el estado físico total del mundo en un momento determinado no fija de manera inmutable el futuro. Esto quiere decir que la dirección del tiempo es decisiva: hacia atrás el mundo estaría determinado, y los acontecimientos habrían sucedido o no, mientras que hacia adelante la realidad sería contingente, podría o no acontecer. Es entonces erróneo realizar afirmaciones lógicas sobre la realidad futura basándose en la estructura que tendrá dicha realidad cuando sea pasada. Como ha indicado Weatherford, el determinismo lógico es o bien cierto pero trivial –si lo que se quiere decir es que las afirmaciones ciertas acerca del futuro son ciertas– o significativo pero falso –si del hecho de que al ser lo ya sucedido necesariamente verdadero o falso, se deduce que antes de suceder ya queda definida su condición– (82). El denominado determinismo lógico deja incontestada la pregunta esencial de si existen acontecimientos contingentes o si todo está sometido a la ley de la necesidad. Tiene, sin embargo, importancia porque suele estar en la base de la actitud psicológica ante la vida que conocemos como fatalismo, a la que luego haré mención.

– Tampoco el determinismo teológico tiene demasiado interés para nosotros, por más que posiblemente sea la teología el campo del pensamiento donde el dilema del determinismo se plantea primero (83) y donde presenta su faz más amarga: se mueve entre el Escila del determinismo, que parece anular la responsabilidad moral del ser humano haciéndole incapaz de pecado (84), y el Caribdis del indeterminismo, que parece poner en cuestión la omnisciencia y omnipotencia de Dios. Muchos autores han tratado de conciliar ambas afirmaciones, al menos aparentemente antagóni-

(82) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 175.

(83) VON WRIGHT ha destacado el antecedente de la discusión filosófica en la teológica, y ha puesto de relieve el paralelismo en sus presupuestos: cuando se fue difuminando la idea de un Dios omnipotente y omnisciente, su lugar fue ocupado por la mecánica determinista –«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 29 ss.–

(84) A esta amenaza para la libertad del hombre alude también KANT, –*Crítica de la razón práctica* (México: Porrúa, 1998), pp. 161 ss.–, que manifiesta dudas sobre su propia solución, reconociendo la dificultad del problema: «los maestros dogmáticos de la Metafísica han mostrado más astucia que sinceridad, apartando de la vista, en lo posible, este difícil punto», cit. p. 162.

cas (85). Pero a efectos de este trabajo la polémica no tiene importancia. Lo decisivo es si el mundo está o no determinado, y en el primer caso que lo esté porque la realidad responda en todos sus pormenores a los designios de un ser omnipotente, o que lo esté por la inexorable concatenación de los fenómenos físicos sometidos a leyes naturales inmutables, es indiferente.

– En cuanto al determinismo psicológico, en realidad no es algo distinto del determinismo físico, sino más bien su aplicación a la parcela de la realidad que constituye el comportamiento humano. Su presupuesto es que los acontecimientos mentales no son más que fenómenos físico-químicos especialmente complejos y sutiles, pero en último extremo sometidos a las mismas leyes que el resto de la naturaleza (86). Por ello, el comportamiento humano sería la resultante de la interacción entre la constitución física del cuerpo –determinada por los genes– y el ambiente en el que se desenvuelve.

La plausibilidad del determinismo psicológico depende en último extremo de la del determinismo físico. La afirmación de éste supone a la vez la de aquél (87). Sin embargo la relación no funciona

---

(85) Un estudio pormenorizado del dilema teológico puede verse en ZAGZEBSKI, L. T., *The Dilemma of Freedom and Foreknowledge* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1991), que remonta el origen de la discusión hasta el siglo III d.C. –p. 3–, y en el que, entre otras propuestas de solución, se examina la del teólogo español del siglo XVI Luis de Molina, que ha tenido mucha repercusión posterior –pp. 125 ss. y n. 1 al cap. V, p. 199-. Según KENNY, representa la primera formulación detallada de la doctrina compatibilista de la libertad como indiferencia –*Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p. 123–. Otras referencias a la solución teológica en DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 147 ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 22 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 71 ss. Desde una perspectiva estrictamente lógica (y no teológica) plantea con agudeza el dilema BULYGIN, «Omnipotencia, omnisciencia y libertad», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 545-559. (Publicado inicialmente en *Crítica*, X núm. 28 (1978), pp. 545 ss.)

(86) Un excelente desarrollo de la tesis de la identidad entre lo mental y lo físico es el de Edgar WILSON, *Lo mental como físico* (como en nota 74). V. también la explicación de HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), especialmente caps. 3 a 5.

(87) Salvo que no existieran leyes psicológicas en el mismo sentido que las leyes naturales, en cuyo caso, como ha destacado WEATHERFORD, sería compatible un total determinismo del mundo físico con la ausencia de determinismo psicológico –*The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 187–.

igual en la otra dirección. Es imaginable un cierto grado de indeterminismo físico –por ejemplo, el postulado por la física cuántica para los fenómenos subatómicos– compatible con un determinismo en el nivel atómico, incluyendo los fenómenos psíquicos.

– El concepto de determinismo físico resulta ser así el concepto central, en torno al que giran los demás. Su descripción de la realidad es la que corresponde a un mundo en el que *todo* lo que sucede lo hace conforme al principio causal arriba enunciado. Un mundo tal y como fue descrito en el famoso *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* de Laplace:

> «Todos los acontecimientos, incluso aquellos que por su insignificancia parecen no atenerse a las grandes leyes de la naturaleza, no son sino una secuencia tan necesaria como las revoluciones del sol. Al ignorar los lazos que los unen al sistema total del universo, se los ha hecho depender de causas finales o del azar, según que ocurrieran o se sucedieran con regularidad o sin orden aparente, pero estas causas imaginarias han ido siendo descartadas a medida que se han ido ampliando las fronteras de nuestro conocimiento, y desaparecen por completo ante la sana filosofía que no ve en ellas más que la expresión de nuestra ignorancia de las verdaderas causas».
>
> «Los acontecimientos actuales mantienen con los que les preceden una relación basada en el principio evidente de que una cosa no puede comenzar a existir sin una causa que la produzca» (88).

En un mundo determinado, todo lo que acontece, incluido el comportamiento humano, lo hace de manera necesaria. Cada hecho está inescindiblemente unido a los que le preceden, y las transformaciones de unos estados a otros son inteligibles en términos de leyes naturales invariables que definen el universo. En un mundo así constituido no hay lugar para la contingencia. Cualquier hipótesis acerca de lo que puede suceder sólo es racionalmente interpretable como una predicción falible, fruto de un conocimiento incompleto de la realidad.

Una visión puramente mecanicista del mundo de estas características está muy extendida en las reflexiones más comunes acerca de la realidad, como muestra su presencia reiterada en mitos o tradicio-

(88) *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (Madrid: Alianza Editorial, 1985; traducción, introducción y notas de Pilar Castrillo al original en francés, *Essai philosophique sur les probabilités*), cit. pp. 24 y 25.

nes de las que se hace eco la literatura histórica (89), en el propio pensamiento filosófico (90), o teológico y, desde luego, subyace claramente a la visión científica del mundo, incluso tras las aportaciones de la física cuántica que aparentemente vienen a demostrar la invalidez del modelo (al menos entendido en términos absolutos) (91).

Dejando por ahora de lado las implicaciones de este modelo desde la perspectiva de la responsabilidad (imputación), me interesa destacar en este momento sólo su efecto en la teoría de la causalidad. En un mundo como el de Laplace no habría ningún acontecimiento que no estuviera relacionado con los demás por una ley natural invariable (92). Los sucesos aparentemente únicos, no explicables o azarosos, no serían tales, sino una mera consecuencia de nuestra ignorancia de las leyes causales (error o desconocimiento nomológico) o de los acontecimientos de la realidad que definen la situación examinada (error o desconocimiento ontológico), de manera que, si en vez de un sujeto parcialmente ignorante, pusiéramos en su lugar un dios o demonio omnisciente, «una inteligencia que en un momento determinado conociera todas las fuerzas que animan a la naturaleza, así como la situación respectiva de los seres que la componen» en la conocida expresión de Laplace, entonces tal inteligencia «podría abarcar en una sola fórmula los movimien-

(89) V. en este sentido las referencias a Homero que cita JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), p. 16, o las de Tolstoi en *Guerra y paz*, que cita entre otros autores KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), p.145.

(90) Acerca de la evolución filosófica del determinismo v. DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), respectivamente pp. 61 ss. y pp. 148 ss.

(91) Sobre la reticencia de una parte de los científicos a aceptar las consecuencias indeterministas de la física cuántica, v., por ejemplo, HEISEMBERG, *Physics and Philosophy. The Revolution in Modern Science* (Nueva York: Harper & Row, Publishers, 1962), pp. 128 ss. El propio Einstein veía con recelo esta idea y de ahí su conocida expresión de que «Dios no juega a los dados». Véase la carta que envió a Popper y que aparece como apéndice de la *Lógica de la investigación científica* (como en nota 74) de este último –pp. 426 ss.– En general, una detallada exposición de las relaciones entre filosofía y física puede verse en la obra de Milic CAPEK, *El impacto filosófico de la física contemporánea* (Madrid: Tecnos, 1973; traducción de Eduardo Gallardo Ruiz del original en inglés, *The Philosophical Impact of Contemporary Phisycs*, Princeton: D. Van Nostrand Company, Inc., 1961), esp. pp. 294 ss.

(92) En este sentido WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (Madrid: Alianza editorial, 1983 traducción de M. Andreu, F. Carmona y V. Sánchez de Zavala del original en inglés *Conceptual Foundations of Scientific Thought: An Introduction to the Philosophy of Science*, 1968), p. 388.

tos de los cuerpos más grandes del universo y los del átomo más ligero; nada le resultaría incierto y *tanto el futuro como el pasado estarían presentes ante sus ojos*» (93).

He destacado la última expresión de Laplace porque pone de manifiesto un aspecto paradójico de la relación entre una visión mecanicista del mundo y las expresiones en términos de causas y efectos, que además puede tener importancia para enfocar adecuadamente el problema de la libertad. Hemos visto que un mundo determinado es aquel en el que rige sin excepciones el principio causal. Que Laplace también lo entendía así, se deduce del pasaje citado. Pese a ello, y al menos si el sistema determinado se examina desde una perspectiva externa –precisamente la del dios o demonio de Laplace–, no parece fácil distinguir causas de efectos. Al no existir fenómenos contingentes, todos los sucesos en los que podamos arbitrariamente despiezar la realidad están tan íntimamente relacionados entre sí que todos son a la vez condición necesaria y suficiente de los demás (94). Cada descripción singular del mundo en un instante dado contiene en sí todas las posibles configuraciones alternativas, y, por ello, absolutamente todos los «sucesos» singulares son condiciones necesarias en sentido fuerte de todos los demás. Desde esta perspectiva la propia referencia temporal desaparece, y con ella arrastra a la distinción de causas y efectos. Como ha apuntado Mackie (95), afirmar que entre dos acontecimientos X e Y se da una relación causal sólo tiene sentido si se parte de que ambos sucesos son distintas realidades, y no meramente distintas descripciones de una misma realidad. Al menos si se enfoca desde una perspectiva externa, el determinismo absoluto implica la sustitución del principio causal por el principio de identidad (96).

---

(93) *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (como en nota 87), cit. p. 25; el subrayado es mío. Ni que decir tiene que la confianza ciega de Laplace en su modelo determinista se veía extraordinariamente reforzada, como él mismo recuerda, por los espectaculares éxitos de la ciencia de la época en explicar y someter a leyes acontecimientos como el movimiento de los astros o la gravitación, que hasta poco tiempo antes eran considerados azarosos o inexplicables. La vinculación de determinismo y física clásica es un lugar común de cualquier estudio histórico de filosofía de la ciencia.

(94) Así, expresamente, WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), p. 388.

(95) *The Cement of Universe. A Study of Causation* (Oxford: Clarendon Press, 1974), pp. 32 ss.

(96) En el mismo sentido WARTOFSKY, *Introducción a la filosofía de la ciencia* (como en nota 92), pp. 388-389.

Un mundo de estas características fue representado gráficamente por William James como un bloque de hierro macizo (*iron-block*):

> «... El futuro no tiene posibilidades ambivalentes ocultas en su seno; la parte que denominamos presente es compatible con una totalidad tan sólo. Cualquier otra versión del futuro que la fijada desde la eternidad es imposible. El conjunto está en todas y cada una de las partes, y está soldado con el resto en una unidad absoluta, un bloque de hierro macizo donde no puede haber ningún equívoco, ningún asomo de cambio» (97).

Con esta imagen pretendía seguramente James hacer tangible el aspecto más desolador del determinismo. Estamos acostumbrados a ver el mundo como un espacio al menos parcialmente abierto, cuya futura configuración depende de nosotros; pero no como el avance de la manecilla del reloj depende del giro del engranaje sino en un sentido mucho más estricto: como la existencia de reales posibilidades, de opciones abiertas entre las que escoger. Pero en un mundo físicamente determinado no hay posibilidades. Hay, a lo sumo, apariencias de posibilidades que no reflejan más que un conocimiento limitado de la realidad. Un ser omnisciente no haría juicios de probabilidad, sino de necesidad, como destacó Laplace. No es extraño que la teoría epistemológica de la probabilidad comenzara su andadura precisamente a través de autores como Laplace en un momento histórico en el que los descubrimientos científicos apuntaban a un mundo estrictamente determinado regido por leyes físicas inmutables.

La imagen del universo como un bloque de hierro macizo se encuentra en la base de lo que en ocasiones se ha denominado «pesadilla del determinista físico» (98). Es significativo que muchos filósofos que han trabajado sobre este tema y que han aceptado como más plausible la hipótesis del determinismo, hayan descrito su vivencia personal tras este reconocimiento como una pesadilla. Honderich, sin duda uno de los filósofos que más tiempo ha dedicado al problema de la libertad, ha reconocido que le dejó «realmente des-

(97) «The Dilemma of Determinism», en *The Will to Believe and Other Essays in Popular Philosophy*, Nueva York, 1923, p. 40 (tomo la cita de HONDERICH *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), p. 112).

(98) Así, POPPER, «Sobre nubes y relojes», en *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista* (Madrid: Tecnos, 1992), p. 203.

hecho» (99), y Gary Watson se ha expresado en términos similares: «en ocasiones nos sentimos golpeados (y algunos de manera crónica) por el inquietante pensamiento de que la libertad de voluntad es una *ilusión*...» (100). Para otros la imagen ha sido lo suficientemente insoportable como para, sin más pruebas, rechazar el determinismo, lo que puede en algunos casos ser una sana medida profiláctica, pero poco científica: la eventual verdad del determinismo depende sólo de la real estructura del mundo, no de lo que ello signifique para un ser consciente. Una buena parte de las tesis libertarias tiene como principal, y a veces único apoyo, el horror frente a la imagen del bloque macizo.

Obviamente, no todo el mundo se siente igual de amenazado por la eventual verdad del determinismo. Todo depende de la perspectiva que se adopte. La idea inquieta a muchos pensadores, y deja por completo indiferentes o incluso satisface a otros. Satisface normalmente al científico natural, que no se resigna a que parcelas de la realidad queden al margen de la explicación científica. Seguramente también al psiquiatra, que trata de encontrar razones para explicar el comportamiento anormal, pero también el normal. Inquieta profundamente al filósofo moral, que tiene miedo de quedarse sin objeto de estudio –de aquí la inacabable polémica–. También al penalista, aunque seguramente menos. Le inquieta porque una tesis fundamental de la ciencia penal es que no es lo mismo una pena que una medida de seguridad, y que la diferencia se encuentra en que en aquélla podemos hacer un juicio de reproche sobre el autor que no sería posible en ésta, y ese juicio de reproche –la culpabilidad– está generalmente unido a la responsabilidad subjetiva, a la posibilidad de haber actuado de manera distinta. Pero le inquieta menos que al filósofo moral porque aparentemente es posible encontrar apoyos para una responsabilidad penal en la que la irrenunciable exigencia de culpabilidad se apoye en argumentos inmunes a la indemostrabilidad del libre albedrío (y, en este sentido, se alinea con las tesis compatibilistas de la filosofía moral), como muestra la argumentación de Gimbernat. En cuanto al teólogo, como ya hemos visto, su posición resulta ambivalente. El determinismo inquieta a aquellos que, sin olvidarse de Dios, buscan un lugar para una persona libre y autorresponsable, de ahí el ya mencio-

(99) *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), p. 113.

(100) «Introduction», en Gary Watson (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), cit. p. 1.

nado desasosiego de Kant, pero a la vez puede satisfacer a quienes ponen el acento en un creador omnisciente y omnipotente que diseña el mundo en todos sus detalles sin dejar espacio para otros creadores originales (101).

### c) *Indeterminismo. Crítica al libertarismo*

Si ésta es la imagen del determinismo estricto, ¿cómo se presenta la del indeterminismo? El indeterminismo postula que ciertos aspectos de la realidad no quedan sometidos a la ley de la causalidad en el mismo sentido que los demás. Hay dos candidatos a ocupar este espacio: en el mundo de la física estarían ciertos fenómenos subatómicos, como por ejemplo los procesos de desintegración radiactiva, establecidos por la física cuántica; en la filosofía, las acciones libres de los hombres. Pero hasta ahora la ciencia sólo ha admitido lo primero, y estamos investigando la visión científica del mundo.

Hasta que se desarrolló en el siglo XX la física cuántica y más en concreto una cierta interpretación –conocida como interpretación de Copenhague– de uno de sus postulados principales, el principio de incertidumbre de Heisemberg (102), la creencia en la validez general del principio causal, y por ello del determinismo, dentro de la ciencia era general (103) y quedaba reflejada en las palabras de La-

(101) Aunque la congruencia en este caso se acaba en lo creado por Dios, ya que el principio causal no se extiende a su propia existencia, que se concibe como *causa sui*, no creada a su vez.

(102) POPPER ha definido de la siguiente manera el «principio de incertidumbre»: «Toda medición física requiere un cambio de energía entre el objeto medido y el aparato de medida (que puede ser el mismo observador): puede dirigirse sobre el objeto un rayo de luz, por ejemplo, y absorberse parte de la luz dispersada por aquél en el instrumento de medición. Pero tal cambio de energía alterará el estado del objeto, que se encontrará, después de haber sido medido, en un estado diferente al que tenía antes; así pues, la medición hace algo así como darnos a conocer un estado que acaba de ser destruido por el proceso mismo de medición. [...]. Por tanto, a partir del resultado de una medición es imposible inferir el estado preciso de un objeto atómico inmediatamente *después* de haber sido medido; y, *en consecuencia, la medida no puede servir de base para hacer predicciones*» –*La lógica de la investigación científica* (como en nota 75), cit. pp. 203-204–. Sobre la interpretación de Copenhague, *infra* nota 104.

(103) O'CONNOR habla en este sentido de actitud intelectual estándar –*Free Will* (como en nota 27), p. 10–.

place. Frente al carácter esencialmente determinista de la física clásica, ajustada al modelo newtoniano, la física cuántica postula la existencia de indeterminación física objetiva en el nivel subatómico. En vez de las leyes necesarias del modelo clásico aquí regirían leyes probabilísticas, pero no como expresión de un grado de creencia racional en situaciones de incertidumbre parcial (al estilo de las expresiones de probabilidad clásicas como las que se utilizan para describir el movimiento de las partículas de los gases o el movimiento browniano), sino como genuina expresión de la realidad objetiva. Como ha indicado Capeck, en esta interpretación «las leyes estadísticas observadas de la microfísica no son simples fenómenos superficiales, finalmente reducibles a los modelos causales clásicos; por el contrario [...] son consideradas como características últimas e irreductibles que constituyen la realidad física objetiva» (104).

Es importante destacar, de todas maneras, que el indeterminismo cuántico, de ser cierto –y ya vimos que no todo el mundo lo acepta–, lo sería sólo en un sentido muy limitado, por dos razones. En primer lugar porque el indeterminismo subatómico convive con un determinismo físico a nivel atómico (que sería además el propio del comportamiento humano); en segundo lugar porque incluso dicho indeterminismo refleja visibles regularidades que se expresan mediante leyes estadísticas.

¿Cabe imaginar otros tipos de indeterminismo que permitan sustentar la teoría de la libre voluntad que defienden los análisis libertarios? Sobre ello reina la mayor obscuridad, y la cuestión es esencial porque si efectivamente el determinismo es incompatible con la libertad, como propugnan, y a la vez determinismo e indeterminismo son descripciones que agotan el universo de lo posible, sólo se respetaría el criterio de cientificidad demostrando que existe en la realidad algún tipo de indeterminismo que permita dar

(104) *El impacto filosófico de la física contemporánea* (como en nota 91), cit. p. 302. Esta explicación, también conocida como interpretación de Copenhague, no es la única aunque sí la más seguida. Muchos autores, entre otros algunos tan significados como el propio Einstein, mantuvieron o mantienen la esperanza de que algún día las relaciones de incertidumbre cuántica serían reducibles a un esquema determinista. Sobre ello, v. CAPECK, *ob. cit.* pp. 300 ss. y especialmente nota 15 en p. 307; también WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 201; crítico con esta pretensión, LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), pp. 11 ss. Sobre la interpretación de Copenhague en general, v. HEISEMBERG, *Physics and Philosophy* (como en nota 91), pp. 44 ss.

cuenta de la solución propugnada. Pero esto no es todo. Se ha destacado insistentemente que no cualquier indeterminismo es compatible con la libertad. En particular, el único indeterminismo que hasta ahora cuenta con refrendo científico, el indeterminismo de la física cuántica, no sirve para este propósito; no es en ningún sentido una base sobre la que edificar una libertad responsable como la que estamos buscando (105). Esta idea ya había sido puesta de relieve por Hume, al destacar los peligros de ligar libertad y azar: «la necesidad es un elemento esencial de la causalidad, y, por consiguiente, la libertad, suprimiendo la necesidad, suprime las causas y es lo mismo que el azar. Como el azar se considera comúnmente que implica una contradicción, y en último término es contrario a la experiencia, existen los mismos argumentos contra la libertad y el libre albedrío» (106). El indeterminismo azaroso tiene, como ha indicado Brandt, «implicaciones devastadoras» para la ética (107). Modernamente es una idea que goza de total unanimidad, tanto entre deterministas como entre libertarios (108).

---

(105) Tan sólo puede aportar la esperanza de que si hay una excepción al principio causal, puede haber otras; idea que ha recogido, por ejemplo, DREHER, *Die Willensfreiheit* (como en nota 55), pp. 208 ss.

(106) *Tratado de la naturaleza humana. Ensayo para introducir el método del razonamiento experimental en los asuntos morales*, Tomo II (Madrid: Calpe, 1923), cit. p. 196.

(107) *Teoría ética* (Madrid: Alianza Universidad, 1982), pp. 584 ss., cit. p. 584.

(108) V., entre otros, CAMPBELL, «Is "Free Will" a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 484; CHISHOLM, «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), pp. 24 y 27 y s.; DREHER, *Die Willensfreiheit*, pp. 207 ss. (como en nota 55); P. FOOT, «Free Will as Involving Determinism», *The Philosophical Review*, LXVI, 4 (1957), pp. 439-450 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres, 1966, pp. 95-108, por donde se cita]; R. E. HOBART, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It», *Mind*, XLIII, 169 (1934), pp. 1-27 [también en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres 1966, pp. 63-95, por donde se cita]; KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*. Schriften zur Rechtstheorie, Cuaderno 90 (Berlín: Duncker & Humblot, 1980), p. 91; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*. Forschungen aus Staat und Recht, Vol. 87 (Viena/Nueva York: Springer Verlag, 1989), p. 230 ss.; LUCAS, *The Freedom of the Will* (como en nota 81), p. 56; MACINTYRE, «Determinism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism*, Harper & Row, Nueva York/Londres 1966, p. 240-256, cit. p. 243 [publicado originalmente en *Mind*, LXVI, 261 (1957), pp. 28-41]; MARTIN FISCHER/RAVIZZA, *Responsibility and Control. A Theory of Mo-*

Pero ¿hay algún otro tipo de indeterminismo imaginable que pueda sustentar la posición libertaria? No se trata ya sólo de objetar a quienes defienden esta tesis que hasta ahora no hayan conseguido encontrar un soporte científico para ella (109), sino de apuntar que no lo podrán encontrar porque nada puede satisfacer sus pretensiones. En palabras de O'Connor, «es extremadamente difícil complementar la versión determinista de la acción libre con una condición que satisfaga a los defensores del libre albedrío y que sea a la vez inteligible, posible y bien apoyada por la evidencia» (110). Ello enfrentaría a la libertad defendida por los libertarios a un callejón sin salida: ya no se vería amenazada sólo por la probable verdad del determinismo, sino, lo que es más grave, por su propia incompatibilidad con cualquier descripción científica del mundo (111).

El problema radica en lo que estos autores exigen de una acción para que sea libre. O'Connor ha definido lo que él denomina condición X de los libertarios de la siguiente manera: «Un acto es libre si y sólo si el agente pudo actuar de manera distinta, *manteniéndose todas las circunstancias idénticas*» (112). Se trata entonces de un

---

*ral Responsibility* (Cambridge: University Press 1999), p. 15 n. 24; NOWEL-SMITH, *Ethics*, Londres, 1954, pp. 281-282; PENROSE, *La nueva mente del emperador* (Madrid: Mondadori, 1991; traducción de Javier García Sanz del original en inglés, *The Emperor's New Mind*, Oxford: Oxford University Press, 1991), p. 535; SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133; WATSON «Introduction» (como en nota 100), p. 9; SMART, «Free Will, Praise and Will», en Gerald Dworkin (ed.), *Determinism, Free Will and Moral Responsibility* (Englewoood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1970), p. 199 [inicialmente publicado en *Mind,* LXX, 279 (1961), pp. 291-306]; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 199 ss., especialmente p. 202.

(109) Como ha recordado HOSPERS, «La única razón por la que el indeterminista quiere negar el Principio Causal es que desea hacer un hueco para la libertad: no tiene elementos de juicio de su punto de vista, sino que está convencido de que, si no niega el principio causal, la libertad humana no será posible» –*Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. p. 406–.

(110) *Free will* (como en nota 27), p. 82.

(111) Como ha indicado WATSON, en esta polémica «el compatibilista (o el escéptico) sospecha que la libertad requerida por el incompatibilista –una "autodeterminación" que no podría obtenerse en un mundo determinado– no puede obtenerse en ningún mundo» –«Introduction» (como en nota 100), cit. p. 9–.

(112) *Free will* (como en nota 27), cit. p. 82. HOSPERS –*Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), p. 418– cita referencias de otros autores en la misma línea. Así H. D. LEWIS: «Sólo podemos mantener las ideas de obligación y culpa como ideas propiamente éticas, si también podemos creer en acciones que podían haber sido distintas de lo que fueron *aunque todo el resto del universo hu-*

acto no sometido al principio causal. Pero ello sólo nos deja dos alternativas. O bien es fruto del azar, en el sentido del indeterminismo cuántico, en cuyo caso no es la obra de su autor y falla el primer requisito de la responsabilidad, o bien ha sido causado por el propio sujeto, por un acto de su voluntad, sin que a su vez éste haya sido causado por circunstancias antecedentes ajenas al sujeto. Pero en este último caso, ¿cómo se explica el hecho? Sólo se es responsable de los propios actos cuando éstos proceden de sucesos internos del autor que le definen como persona: de sus razones para actuar, expresadas en deseos, creencias, motivos, etc. (113) Pero este paso atrás en la indagación no es suficiente. Sólo se satisface la condición de libertad si a su vez estos procesos internos no han sido meramente el efecto causal de hechos antecedentes y externos al sujeto. Pero ello, una vez más, sólo puede explicarse como fruto de un proceso azaroso interno, que no valdría, o de una decisión de segundo orden, lo que replantearía el problema en sus mismos términos y así sucesivamente en un regreso al infinito.

La defensa propuesta frente a este tipo de argumentos por parte de los libertarios no resulta satisfactoria. Por ejemplo, Campbell, tras defender un concepto de libertad contra-causal como condición necesaria de la responsabilidad moral (114), se enfrenta a la objeción de cómo puede considerarse acto de una persona algo que no procede de su carácter, y estima que se trata de la objeción más fuerte contra la libertad contra-causal (115). Su respuesta la busca distinguiendo entre una perspectiva externa, en la que no puede encontrarse dicha libertad, y la perspectiva interna del sujeto que delibera realizando lo que este autor denomina actividad creativa, dentro de la que se inserta precisamente la libre elección. Pero, como es habitual en estas teorías, la descripción de esta actividad creativa a la que se llega mediante introspección, es confusa y falta una explicación convincente de por qué el resultado de la misma no depende realmente de las circunstancias internas, pero externamente causadas, del sujeto. Ello hace pensar que tiene razón Smart

---

*biese seguido siendo el mismo*»; o J. D. MABBOTT: «La responsabilidad moral requiere que un hombre sea capaz de elegir acciones alternativas, siendo idéntico todo lo que haya en el Universo antes del acto, incluido él mismo».

(113) Como ha indicado VON WRIGHT, en las acciones fortuitas falta aquello que es la nota distintiva de las acciones libres, y es que se hayan hecho por razones – «Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 12 y 38-.

(114) «Is "Free Will" a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 482.

(115) «Is "Free Will" a Pseudo-Problem?» (como en nota 57), p. 485.

cuando afirma, criticando a Campbell, que no hay una tercera vía de libertad contra-causal entre la causalidad ininterrumpida y el azar (116).

Otro tanto sucede con la solución de Chisholm. Tras reconocer el problema central de la libertad de voluntad que es su aparente incompatibilidad con el determinismo, pero también con el indeterminismo (117), se plantea si no cabe una vía intermedia, algo que no sea externamente causado –no determinado– pero a la vez tampoco puramente azaroso o no causado –no indeterminado–. En su opinión tal cosa sólo puede darse en algo causado por el propio agente sin condicionamientos previos, lo que él califica de causación «inmanente» por oposición a la habitual causación «transeúnte» (118). Pero, al igual que sucedía con Campbell, la determinación de la mencionada causación inmanente se convierte más en poesía inspiracional, como le ha criticado Weatherford, que en algo científicamente contrastable (119). El propio Chisholm tiene que reconocer que, en un sentido estricto, su planteamiento aboca a considerar que no es posible una ciencia del hombre, ya que no pueden encontrarse explicaciones para la elección libre e inmanente del sujeto (120). Podríamos conocer absolutamente todas las creencias, deseos e intenciones del agente, todos sus estados mentales, y sin embargo no podríamos deducir de ahí lo que el autor va a realizar, que se presenta como una genuina opción libre. Pero entonces parece lícito preguntar, con Weatherford, por qué actuó de la manera que lo hizo el agente, y entonces, o bien lo hizo porque tenía razones para ello, en cuyo caso su acción es causada, o bien actuó sin razón alguna y entonces su acto es irracional y no cabe responsabilidad (121). ¿Cómo, sin apelar a razones preexistentes, decide el autor entre dos opciones? Incluso Searle, que comparte la idea de que en la actividad voluntaria las causas psicológicas antecedentes no son suficientes para causar el efecto, porque en el medio hay una brecha (*gap*) en la que residiría el libre albedrío, debe reconocer que «quizás en un nivel diferente de descripción, quizás en el nivel de las sinapsis y los neurotransmisores, las causas eran suficientes para los

(116) «Free Will, Praise and Will» (como en nota 108), pp. 198 ss. y especialmente 202 ss.

(117) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 24.

(118) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 28.

(119) *The Implicatios of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

(120) «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 33.

(121) *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 161.

movimientos corporales» (122), lo que no es más que el reconocimiento del principio causal que él parece querer negar (123). ¿O es que, acaso, dichas conexiones neurológicas surgen de la nada?

Pero no son éstas las únicas objeciones posibles a las tesis libertarias. Hay un argumento que siempre ha resultado perturbador para cualquier hipótesis indeterminista aplicada a la actividad del hombre, y es que presupone en ella algún tipo de singularidad que resulta francamente fantasmal si se enfoca desde una óptica científica. Lucas ha expresado esta idea: «El hombre, científicamente hablando, no es diferente del resto de las cosas. Al menos en cuanto concierne a la ciencia, no hay ningún privilegio de la humanidad que haga al comportamiento humano no sometible a la investigación y explicación científica. Debe haber causas para el comportamiento humano igual que las hay para cualquier otra cosa». Y concluye: «Pensar de otra forma es pura superstición» (124).

En este ámbito se manifiestan, una vez más, las viejas tendencias antropocéntricas que tratan de hacer del hombre algo completamente aparte del resto de la naturaleza. La teoría de la evolución de Darwin asestó un importante golpe a nuestra supuesta singularidad, haciéndonos parientes próximos de los animales (y de ahí la resistencia que tuvo que vencer para acabar imponiéndose), pero los viejos hábitos persisten. No es infrecuente que la evidencia científica sea dejada a un lado para hacer un hueco al pedestal de nuestra soberbia (125). Como recuerda Sthephan Jay Gould, aunque

---

(122) *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (Oviedo: Ediciones Nobel, 2000; traducción y glosario de Luis M. Valdés Villanueva), cit. p. 95.

(123) Pero el punto de vista de Searle es interesante para mostrar lo que más adelante denomino perspectiva interna, en la que reside nuestra percepción de libertad, y cuya indagación es esencial para comprender el problema del libre albedrío. Ahora bien, como veremos, la existencia de una perspectiva interna no ofrece argumento alguno a favor de las tesis libertarias, contra lo que podría deducirse de algunos pronunciamientos de Searle, pero sí obliga a analizar la actividad humana en sucesivos niveles de progresiva complejidad.

(124) *The Freedom of the Will* (como en nota 81), cit. p.1. Sin embargo LUCAS dedica su obra a defender el libre albedrío.

(125) GOULD recoge algunos sorprendentes ejemplos históricos de cómo autores con una sólida formación científica aceptaban en sus teorías biológicas excepciones, no apoyadas por base empírica alguna, para dar cuenta de la singularidad del ser humano, actitud que plásticamente define este autor como «construcción de una verja en torno a su propia especie». Así, por ejemplo, «La selección natural y el cerebro humano: Darwin frente a Wallace», en *El pulgar del panda* (Barcelona: Crítica, 1994), pp. 43 ss.; «En lo mejor de la vida», *op. cit.*, pp. 116 ss., cit. p. 118.

los planteamientos varían, «su intención es siempre la misma: separar al hombre de la naturaleza» (126).

Todavía podrían citarse otras dos cuestiones especialmente incómodas para el libertarismo: en primer lugar, ¿en qué puede consistir desde el punto de vista físico algo como la libertad?; en segundo lugar, una vez aceptado el postulado básico de la teoría de la evolución, ¿cómo puede explicarse la aparición de este fenómeno a partir de la materia inerte?

La primera cuestión representa un escollo difícil de superar por las propuestas libertarias. Un mundo explicado en términos de regularidades causales derivadas de la existencia de leyes naturales resulta perfectamente inteligible, por más que puedan abrumarnos sus implicaciones filosóficas. Estamos acostumbrados a esta visión del mundo. Una buena parte del progreso de la humanidad se explica como el paso de una visión mítica a otra científica anclada en la causalidad. Por el contrario, cuando intentamos ofrecer una imagen de la realidad que integre la libertad nos faltan las palabras porque, al margen de nuestro sentimiento favorable a la libertad, carecemos de referentes empíricos en los que basarnos. Si se explica un comportamiento violento apelando a la presencia de un gen que activa mecanismos químicos que alteran el proceso neurológico del cerebro, en combinación con ciertos factores ambientales, más o menos conocidos, y con la presencia de estímulos externos desencadenantes, todo ello completado con la actividad mental deliberante del sujeto, esta explicación –que puede ser tan larga y compleja como sea necesaria para captar los igualmente complejos condicionantes de la actividad humana–, encaja sin fisuras en el cuerpo de conocimientos genéticos, biológicos, psicológicos, sociológicos, etc., que la ciencia ha ido lentamente extractando, pero si se argumenta que el autor realizó su acto violento en una situación en la que genuinamente tenía varias posibilidades, en el sentido de que sus antecedentes, entre los que naturalmente se encuentran aquellos que permiten y condicionan su propio razonamiento consciente, no forzaban la opción por uno de ellos, comenzamos a perder pie irremisiblemente. Simplemente carecemos de experiencias similares con las que contrastar esta afirmación. Pensamos que algo de su constitución o de sus antecedentes o de ambas cosas combinadas puede explicar el hecho. Pensar en términos causales –todo cuanto acontece tiene una causa– es parte de

(126) *El pulgar del panda* (como en nota anterior), p. 118.

nuestra manera de ver la realidad. La actitud que tomamos ante los acontecimientos inexplicados, sin una base causal contrastada, es una buena muestra de esta forma de pensar. No achacamos el hecho a un inasible azar, sino una causa desconocida. Incluso la explicación religiosa de algo tan poco mundano como se supone que son los milagros no remite a la ausencia de causas, sino a la causa divina.

La segunda cuestión resulta igualmente difícil de responder sin acudir una vez más a comodines metafísicos. Si desde la materia inerte hasta el hombre hay una línea evolutiva ininterrumpida, ¿en qué momento surge la libertad?; ¿cuál es y en qué momento se produce el salto evolutivo que introduce en el mundo la libre opción entre alternativas, supuestamente propia del género humano, no sometida a las leyes físicas y biológicas que definen la actuación del resto de la naturaleza? Y lo mismo puede decirse del proceso de maduración del embrión hasta hacerse persona. ¿En qué momento de la división celular o del proceso de educación del niño desaparecen las leyes de la química y la biología para dar paso a la genuina libertad de obrar? No es fácil dar una respuesta a estas preguntas; en realidad ni siquiera es fácil imaginar qué tipo de respuesta serviría. La progresiva complejidad de los seres vivos, que culmina en el cerebro humano, no parece admitir discontinuidades. El cerebro es materia viva especialmente compleja, pero materia viva al fin y al cabo. Neuronas que interaccionan. Ciertamente tenemos la conciencia, que parece suponer un salto cualitativo esencial respecto a otros seres vivos, pero al margen de las dudas que hoy pueda suscitar si somos los únicos poseedores de este recurso, lo cierto es que no parece que la conciencia deba quedar al margen de las leyes de la neurología. Científicamente nuestra psique, nuestra alma, reside en el cerebro, y por ello nuestras acciones voluntarias, nuestras decisiones, nuestro pensamiento consciente no pueden ser más que una función de la actividad neuronal. Afirmar que en un momento determinado las leyes de la neurología se interrumpen para dar lugar a un yo originador no externamente condicionado ni sometido a la causalidad, es una afirmación sin base científica conocida y tan sospechosa de «edificar una verja en torno a la propia especie» como las viejas teorías creacionistas (127) que, contra Darwin, ne-

(127) Desgraciadamente no del todo inactuales, a juzgar por la polémica que todavía hoy se vive en algunos estados de Estados Unidos sobre qué teoría debe explicarse en las escuelas.

gaban que el hombre pudiera tener antepasados comunes con los monos o los ratones.

La persistente incapacidad de las posiciones libertarias para ofrecer un concepto de libre albedrío compatible con la probable estructura del mundo reafirma la idea antes apuntada de que, no es que no se haya encontrado todavía, sino que es imposible encontrarlo porque requiere presupuestos inconciliables. Falta en ellas, entonces, el primer requisito exigible para una teoría de la responsabilidad subjetiva: una base científica sólida. Pero hay algo de sus planteamientos que me parece correcto y es su insistencia en la incompatibilidad entre determinismo (o cuasideterminismo) y responsabilidad subjetiva basada en la capacidad de actuar de manera distinta. Sobre ello volveré después, al criticar algunas de las más frecuentes teorías compatibilistas.

La conclusión principal obtenida hasta ahora es que el principio causal, base del determinismo, no sólo tiene un apoyo sólido en el pensamiento científico, sino que parece también resultar necesario para la responsabilidad (128). Ello no demuestra que el mundo esté completamente determinado –de hecho hoy en día la ciencia admite una teoría parcialmente indeterminista; una combinación de indeterminismo en ciertos fenómenos subatómicos y determinismo en el resto–, ni hace falta esta demostración. Es suficiente con que las acciones humanas responsables se vean sometidas al principio causal (129) para que quede planteado en toda su extensión el pro-

(128) Desarrollan detalladamente esta idea FOOT, «Free Will as Involving Determinism» (como en nota 108), y R. E. HOBART, «Free Will as Involving Determination and Inconceivable Without It» (como en nota 108).

(129) Ello no supone aceptar necesariamente los presupuestos de la denominada tesis de la Inteligencia Artificial fuerte (basada en las ideas de Turing sobre la capacidad de pensamiento de las máquinas), según la cual toda la actividad del hombre, incluido su pensamiento consciente, son expresables en términos de un algoritmo lo suficientemente complejo, lo que permitiría reproducirlo en un ordenador que pasaría a pensar, sentir y tener percepción de libertad como nosotros. No es descartable que, como apunta PENROSE, haya algo en el funcionamiento del cerebro, en su ontología, que permita el pensamiento consciente y no pueda ser expresado en términos meramente algorítmicos, aunque sin salir del mundo de la determinación física –*La nueva mente del emperador* (como en nota 108), esp. cap. 10, pp. 502 ss.–. Quizás sea SEARLE quien con más insistencia se ha pronunciado contra los postulados básicos de la Inteligencia Artificial fuerte (la propia denominación procede de él) –«Minds, Brains, and Programs», en D. R. Hofstader y D. D. Dennet (eds.), *The Mind's I. Fantasies and Reflections on Self and Soul* (Harmondsworth: Penguin Books, 1982), pp. 353 ss.; *El redescubrimiento de la*

blema de fondo del libre albedrío. Ya no tenemos un bloque de hierro macizo universal, pero en la esfera de la realidad sometida al principio causal, en la que se sitúa también la actividad humana consciente, sí tenemos bloques parciales en los que los antecedentes se derivan necesariamente de los consecuentes. Con estos presupuestos no es extraño que cada vez más la batalla a favor de la libertad se intente librar en el marco de teorías compatibilistas y no en el de las libertarias, tan vulnerables en sus presupuestos empíricos. Pero antes de pasar a analizar algunas de aquéllas quisiera comentar brevemente dos líneas de solución del problema que se ha utilizado con frecuencia en el mundo jurídico, y que sin ser tesis libertarias –de hecho no es infrecuente que partan del presupuesto contrario– llegan a soluciones en cierta forma equiparables pero por una vía indirecta: afirman la responsabilidad mediante presunciones normativas, bien apelando a un poder medio, bien presuponiendo la libertad individual.

### d) *Otras soluciones propuestas*

#### 1.º Poder medio

Para evitar las dificultades que plantea la indemostrabilidad del poder de actuar de modo distinto en el caso singular se ha propuesto en Derecho penal acudir a un *poder medio*, en el sentido de aquello que es esperable en circunstancias normales por la comunidad jurídica (130). Pero esta solución incumple varios de los criterios que hemos considerado importantes para resolver satisfactoriamente el problema. Por un lado no respeta el principio de

---

*mente* (Barcelona: Crítica, 1996), esp. pp. 57 ss.–. Sobre el planteamiento inicial de la Inteligencia Artificial, v. A. M. TURING, *¿Puede pensar una máquina?* [Valencia: Universidad de Valencia, 1974; traducción de Manuel Garrido y Amador Antón del original en inglés, «Computing Machinery and Intelligence», *Mind 59* (1950)]. En un breve pasaje de esta obra reconoce Turing, sin embargo, que, respecto a la conciencia, «hay algo de paradójico en lo que se refiere a cualquier intento de localizarla» –cit. p. 41–.

(130) V. en esta línea JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español a la 3.ª ed. por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, vol. I (Barcelona: Bosch, 1981), p. 589. Otras referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 110 y n. 178.

cientificidad. Si se presupone que la capacidad de actuar de modo distinto es imposible de verificar respecto de un sujeto singular no se ve muy bien cómo puede constatarse respecto de un hombre medio. Para llegar a esta conclusión sería necesario al menos haber podido constatar esta capacidad en un número suficiente de personas reales como para poder configurar un criterio general, pero como se acepta que tal cosa es imposible cae por su base el fundamento apuntado.

Por otra parte, y ésta me parece una objeción decisiva, la tesis del hombre medio no ofrece argumentos para justificar la responsabilidad subjetiva. Un principio elemental de ésta es la individualidad del juicio de imputación. Imputar un hecho a alguien basándose no en sus propias circunstancias sino en las de otro, aunque sea un hombre medio, contraviene de manera grave este principio (131). El evidente desequilibrio en la distribución que entraña la pena pierde entonces cualquier posible justificación basado en el merecimiento. Para que pueda cumplir su función de garantía, el principio de culpabilidad debe seguir siendo un juicio eminentemente individual. Como ha indicado Torío, «en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el sujeto que la realiza. Hablar de culpabilidad general o social es, pues contradictorio» (132). Ello no quiere decir que, al igual que en cualquier juicio, no se utilicen criterios tomados de la experiencia común. Es imposible juzgar sin sentimientos o percepciones compartidas. Pero una vez fijados normativamente los criterios relevantes del juicio, juzgar consiste en verificar si concurren personalmente en el juzgado, y no en otro hombre real o medio.

### 2.º Presunción normativa de libertad

Una idea que aparece frecuentemente en las discusiones jurídicas sobre la responsabilidad y su dependencia de la capacidad de actuar de manera distinta, es la de que, sea cuál sea la real conformación del mundo, la libertad debe *presuponerse normativamente*.

---

(131) Sobre ello, con abundantes referencias, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), p. 111. La incongruencia de esta posición con los postulados de partida del indeterminismo ha sido destacada acertadamente por ROXIN, *PG* I (como en nota 60), §19, nm. 20, p. 800.

(132) «El concepto individual de culpabilidad», en *Crime and Criminal Policy* (*Homenaje a López-Rey*), Roma, 1985, cit. p. 683.

Tanto si el hombre es libre como si no lo es, debe tratársele como libre. Así, por ejemplo, Roxin explica su concepción de la culpabilidad como «actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa» (133) de la siguiente manera: «Cuando existe dicha asequibilidad normativa, partimos, sin poder ni pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de conducta en principio psíquicamente asequibles para él». En opinión de Roxin, tanto el determinista como el indeterminista pueden aceptar esta suposición «pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber– sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, *se le trata como libre*. La suposición de libertad es una «aserción normativa», una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales» (134).

La formulación de Roxin expresa bastante bien el núcleo de las diferentes teorías, que aquí no pueden ser analizadas (135), pero que comparten como elemento común la presunción normativa de libertad. Creo que hay una crítica contra ellas que resulta decisiva,

---

(133) *PG* I (como en nota 60), § 19, nm. 34 ss., p. 807

(134) *PG* I (como en nota 60), § 19, nm. 35, pp. 807 y s. La expresión en cursiva se destaca en negrita en el original. En términos similares se pronuncia L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR: «el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, *trata al imputado como si fuera un ser racional y libre*» [...] «El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar, sino como un presupuesto valorativo general del sistema que *convierte a la reacción penal en un reproche con contenido moral*» –«Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), cit. p. 568–. Con estas palabras parece apuntar a una presunción normativa de libertad no modificable por los hechos, y sin embargo poco después admite que podría demostrarse en el caso concreto la ausencia de libre albedrío –*op.* y *loc. cit.*–. Pero si esto es así, ya no estamos ante una presunción necesaria, ante un presupuesto esencial del sistema como se afirma, sino precisamente ante un dato empírico, sólo que presumido *iuris tantum*, y el problema aquí es que la evidencia científica a favor del principio causal hace que la carga de la prueba de que existe la posibilidad de actuar de manera distinta no se sitúe donde la coloca Hierro, sino en la posición contraria; corresponde tal prueba a quien afirma la libertad así entendida.

(135) Sobre ello, v., por ejemplo, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención* (como en nota 55), pp. 104 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1990), pp. 90 ss.

y que seguramente explica por qué no es ésta una solución a la que se acuda fuera del Derecho, y tiene que ver con el significado y el valor de las presunciones.

En Derecho se aceptan dos tipos de presunciones, las que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*) y las que no (*iuris et de iure*) (136). Si se ponen en relación con aquello que se presume, hay entre ellas una diferencia importante: en las primeras lo presumido importa hasta cierto punto; en las segundas nada. Pero si esto es así, y enseguida me ocuparé de ello, las presunciones normativas de libertad no pueden ser la respuesta al problema planteado porque, si se conciben como *iuris tantum*, entonces la capacidad de actuar de manera distinta sí que importa, es necesaria, y entonces sigue abierta la cuestión de fondo: ¿es o no el determinismo, como probable estructura de la realidad, compatible con dicha capacidad?; y si se concibe como *iuris et de iure*, lo que significa es que la libertad realmente no es aquí importante, lo cual es falso, como demuestra el interés en establecer la presunción.

Las presunciones *iuris tantum* tienen un significado claro y el recurso a ellas en derecho puede estar perfectamente justificado. Su finalidad es distribuir, con arreglo a ciertos criterios, la carga de la prueba de un hecho o circunstancia que tiene trascendencia jurídica en situaciones de incertidumbre relativa. Una presunción a favor del reo, como la de inocencia, desplaza a la acusación la carga de probar la comisión del delito, con lo que se puede a la vez interpretar como una presunción en contra de la acusación. Se mire desde la perspectiva que se mire, lo cierto es que estas presunciones reconocen expresamente la importancia de que lo presumido se dé en la realidad –por eso la prueba en contrario tiene efectos–. La presunción sólo hace una asignación provisional de verdad por razones prácticas. Ya hemos visto que en el campo de la responsabilidad jurídica son habituales como criterio de imputación, y no plantean problemas de justificación.

Nada de esto ocurre con las presunciones *iuris et de iure* que, si no se reinterpretan adecuadamente, resultan un sinsentido. Tomemos como ejemplo el antiguo artículo 108 del Código Civil español, que establecía una presunción de filiación legítima para los hijos nacidos en el matrimonio contra la que no se admitía otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en un plazo definido. En este caso la presunción

(136) V. art. 1251 CC.

lo que venía a indicar es que el hecho real de la paternidad biológica carecía de relevancia, salvo en el caso extremo de la imposibilidad de acceso carnal, porque prevalecía el interés de preservar la institución familiar, y en este campo el real vínculo de sangre no es imprescindible. Pero si se quisiera extender el alcance de la presunción a ámbitos en los que la consanguinidad fuera decisiva –por ejemplo, a la obligatoriedad de someter a pruebas genéticas a los hijos de un portador de una enfermedad hereditaria– la norma se mostraría sencillamente irracional.

Si aplicamos estas observaciones a la presunción de libertad resulta lo siguiente. Si se concibe como una presunción *iuris tantum*, podría tener sentido, pero no resolvería el problema planteado. La ausencia de argumentos definitivos a favor del determinismo hace que una presunción a favor del indeterminismo resulte concebible, mientras no haya prueba en contra, pero según el estado actual de la ciencia resulta altamente improbable, por lo que vulneraría el criterio de cientificidad en el mismo sentido que lo hacen las teorías libertarias ya descartadas. Si se concibe, entonces, como una presunción *iuris et de iure*, y ésta parece ser la visión habitual que le dan sus defensores, ello significa que realmente la libertad en sí, la capacidad de actuar de modo distinto, carece de importancia. Sin embargo, hasta ahora el problema era cómo compatibilizar la libertad del hombre con la probable estructura de la realidad, y esta solución lo que hace es prescindir de la libertad, con lo que se aproximan *de facto* a las tesis incompatibilistas-deterministas que prescinden de la culpabilidad o la vinculan sólo a las necesidades preventivas. Pero, a diferencia de éstas, su planteamiento no se hace explícito, sino que se oculta con la referencia a la libertad presumida. Así puede interpretarse la alusión de Roxin a que se trata sólo de «una regla social de juego». Ahora bien, ¿para qué sirve dicha regla?; ¿qué sentido tiene tratar como libre a quien de verdad no lo sea?; y, finalmente, ¿con qué criterios se determina quiénes deben ser tratados como libres?

La capacidad de actuar de manera distinta puede ser decisiva para la responsabilidad o no serlo, pero si lo es no pueden simplemente cerrarse los ojos a la posible prueba de que en un caso no concurre este requisito mediante el expediente de una presunción normativa no rebatible. Roxin apunta que la situación con la libertad es idéntica a la que se da con la igualdad. En su opinión, cuando el ordenamiento parte de la igualdad de todas las personas no sienta «la absurda máxima de que todas las personas sean real-

mente iguales», sino que ordena que todas reciban un mismo trato (137). Pero ésta es una afirmación por lo menos discutible. Si el ordenamiento ordena un trato igual para todos es precisamente porque considera que todos *somos* realmente iguales en lo que importa. Es lo que Roxin denomina «absurda máxima» lo que justifica el mandato de igualdad. No somos iguales en inteligencia, en belleza, en educación, en posesión de bienes, pero somos exactamente iguales en cuanto personas y éste es el único criterio determinante para el mandato de igualdad. Con la libertad debería pasar lo mismo. Si efectivamente llegamos a la conclusión de que en nuestros actos pudimos actuar de manera distinta, y que este dato es relevante, debe tenerse en en cuenta, pero si no es así, cualquier presunción en contra es irracional e injusta. Muestra que verdaderamente tal criterio no tiene importancia.

Ello enlaza con la última cuestión antes planteada, ¿cómo se determina quiénes deben ser tratados como libres? Repárese en que aquí, a diferencia de la igualdad, se admite que a algunos no hay que tratarlos como libres. La pregunta es ¿por qué?; ¿es acaso el legislador quien lo decide normativamente a su gusto, o pueden establecerse realmente diferencias empíricas entre unos y otros sujetos?; si es bueno tratar a las personas como libres aunque puedan no serlo, ¿por qué no hacerlo así también con los denominados inimputables? Salvo que las construcciones normativas se entiendan como algo que puede ser definido totalmente al margen de la realidad, algo que queda por completo a disposición de quien emite la norma (cosa que a veces parece desprenderse de la manera en que se concibe la normatividad, pero que seguramente nadie estaría dispuesto a reconocer explícitamente), tendrá que haber algún criterio que permita explicar por qué el trato como libres se aplica a unas personas y no a otras. ¿Cómo se podría si no desde una posición normativa criticar una concepción de la culpabilidad según la cual, por ejemplo, se estimara culpable de un hecho lesivo sólo a quien se encuentre físicamente situado en un radio de acción de 15 metros del hecho y que además tenga los ojos verdes, o que fijara la edad de imputabilidad entre los dos y los tres años? Frente a absurdas regulaciones de este estilo el intérprete, incluso el que acepta una definición normativa de culpabilidad, no se encuentra inerme, y no lo está porque si bien el legislador tiene libertad para emitir normas con el texto que más le guste, no la tiene para dotar

(137) *PG, I* (como en nota 60), § 19, nm. 35, p. 808.

de sentido a lo que legisla por el simple hecho de prescribirlo. El legislador puede emitir normas de cumplimiento imposible –ordenar a quien está en coma que socorra a un tercero–, incoherentes –vestir ropas que sean a la vez exclusivamente azules y exclusivamente amarillas–, pragmáticamente contradictorias – imponer, con el fin de preservar la salud, vacunas que científicamente no sólo no previenen la enfermedad, sino que la contagian–; puramente arbitrarias –el caso antes citado de los ojos verdes–. En cualquiera de estos casos es fácil poner de relieve lo inapropiada que resulta la norma, y es así porque las normas, como las categorías dogmáticas que se construyen a partir de ellas, no están al margen de la realidad, o, dicho de forma más precisa, su realidad no es únicamente la voluntad del legislador, sino ésta en relación con el mundo regulado.

¿Cuál es, entonces, el criterio normativo utilizado? La referencia genérica a una regla social de juego no es suficiente, porque nada se dice de por qué sólo juegan algunos. La explicación más plausible es que sólo pueden jugar los que reúnan las condiciones para el juego, pero entonces, de nuevo, *deben poseerse* estas condiciones y no presumirse normativamente. Si se entiende que la capacidad de actuar de modo distinto es un presupuesto para jugar al juego de la responsabilidad, debe exigirse su comprobación. En las causas de ausencia de acción nadie suple las circunstancias del sujeto singular por las del hombre medio, ni nadie presume normativamente la capacidad de acción. Por el contrario, la aplicación de estas circunstancias se hace depender de la real presencia de circunstancias fácticas que impidan al sujeto operar de manera distinta a como lo hizo. En este caso la evidencia del argumento que trato de generalizar es tal que incluso el más normativista prescinde de su punto de partida. Una norma dirigida a una persona en coma es papel mojado y si aquí se presumiera normativamente la libertad habría que dudar de la cordura del que lo propusiera. ¿Por qué en los sujetos que la ley presume «culpables» la cosa se supone que es distinta?; ¿porque lo dice la ley? Si en una situación de ausencia de acción la ley predicara responsabilidad –afirmara normativamente que también una persona en coma es culpable–, no por ello cambiaría la realidad. La diferencia entre el inconsciente y el que consideramos responsable es que presuponemos –porque creemos que la realidad es así– que éste y no aquel tenía en sus manos la posibilidad de no haber infringido la norma. Por eso, y no por la pura decisión normativa, es por lo que establecemos diferencias los teóricos y las acoge el legislador como base de sus normas. Por eso no

tendríamos ningún problema en mostrar lo absurdo de la norma de los ojos verdes o de la que definiera el límite de la inimputabilidad en la minoría de edad en los dos años. Claro que el legislador puede llamar responsables a los mayores de dos años e «imputarles» culpabilidad, pero es evidente que el significado de dicho término no tendría nada que ver con el que habitualmente usa la doctrina cuando se afana en determinar qué es la responsabilidad subjetiva.

En realidad quienes apelan a presunciones normativas en la culpabilidad no prescinden de la realidad, de lo ontológico. Repárese en que, pese a todo, Roxin requiere que haya «asequibilidad normativa», esto es, según su propia explicación, que el estado psíquico del sujeto al realizar el hecho fuera tal que tuviera la posibilidad de decidirse por la llamada de la norma. Pero esto no es más que una forma distinta de decir que es necesario que el sujeto hubiera podido actuar de manera distinta a como lo hizo, y precisamente el determinismo lo que muestra es que realmente no existe esa capacidad, con lo cual viene directamente a negar la asequibilidad normativa de cualquiera que haya infringido la norma. En un mundo determinado la infracción de la norma es la prueba definitiva de que el infractor no era asequible a su llamada. Ello demuestra que la salida de Roxin es errónea; tampoco su solución es inmune al problema del libre albedrío: la asequibilidad normativa, que requiere como base de la responsabilidad, o bien es un dato fáctico equivalente en todo al de la capacidad de actuar de manera distinta, y por ello igual de sensible que éste a la posible verdad del determinismo o, si se reinterpreta a su vez como dato normativo, deja incontestada la pregunta inicial que trataba de responderse al introducirlo en el debate: ¿por qué no presumimos entonces normativamente en todos la asequibilidad normativa? Una vez más, la asequibilidad normativa puede o no ser un elemento central de la responsabilidad, pero si se admite que lo es, como hace Roxin, entonces debe comprobarse que se da y no presumirse normativamente, porque en caso contrario no hay manera de justificar por qué a algunos se les priva de jugar al juego de la libertad. La limitación de los jugadores debe responder a la presencia de un hecho diferencial que no puede ser simplemente presumido.

Detrás de las presunciones normativas se esconde unas veces una no reconocida ontología del libre albedrío, y otras un cambio de esta ontología por otra que renuncia a la libertad a favor de la posibilidad empírica de operar preventivamente sobre otro mediante la pena. Esta segunda opción entronca con la antigua tradición que,

partiendo de la indemostrabilidad del libre albedrío, intenta seguir manteniendo la categoría culpabilidad anclada en otros presupuestos, o bien prescinde de ella y generalmente también de la pena en favor de un sistema monista de medidas de seguridad. Pero hay otra alternativa que no se resigna a prescindir de la libertad en un sentido real, y no meramente presumido, sino que trata de demostrar que puede ser compatible con la eventual verdad del determinismo.

### 3.º Compatibilismo

Una teoría *compatibilista* es aquella que considera que la eventual verdad del determinismo en la actuación humana no amenaza el concepto de libertad que se encuentra en la base de la responsabilidad subjetiva. Esta forma de ver las cosas resulta, en una primera aproximación, sorprendente, y los autores incompatibilistas creen que definitivamente lo es; que una vez aceptado el determinismo no queda hueco para una acción libre. Y tienen razón, al menos si el concepto de libertad exigido es el que ellos propugnan. Una acción a la vez original, no necesariamente causada por hechos externos al sujeto, y determinada por el principio causal es sencillamente una contradicción en los términos. De ahí que los incompatibilistas libertarios nieguen el determinismo, incluso sin ofrecer nada a cambio, y los incompatibilistas deterministas nieguen la libertad, pese a nuestra percepción interna de ella. Lo que propone el compatibilismo es, entonces, un concepto de libertad distinto, con menos exigencias que el de los libertarios, que sea a la vez compatible con la estructura del mundo, capaz de dar cuenta de nuestra percepción interna de libertad y de servir de soporte a la responsabilidad subjetiva, lo que coincide con los requisitos de solución del problema enunciados más arriba. Creo que algunos planteamientos están en condiciones de cumplir las dos primeras exigencias, pero no la tercera, y en eso tienen razón los libertarios.

Si acerca de qué es el determinismo hay bastante acuerdo, pese a las protestas de algunos autores que afirman no saber bien cuál es la tesis determinista (138), menos acuerdo hay acerca de qué es la

(138) Éste es precisamente el caso de STRAWSON, que empieza su conocido artículo con este reconocimiento. Sin embargo, nada después hace pensar que tenga dudas sobre el particular, y más bien parte de los mismos presupuestos que todo el mundo, por lo que su confesión más parece un recurso para captar la atención del lector que una genuina exposición de perplejidad –*Freedom and*

libertad, que supuestamente sirve de base a la responsabilidad moral o la culpabilidad. Las discrepancias en este punto provocan que tanto los que afirman su incompatibilidad con el determinismo como los que la niegan puedan estar a la vez en lo cierto: definida de una manera sería incompatible con el determinismo, pero de otra no. La cuestión es si cualquiera de estas formas de definir la libertad es capaz de dar soporte a la responsabilidad moral.

El concepto de libertad manejado por los libertarios, que es a su vez el más generalizado en las percepciones intuitivas que tenemos acerca de nuestras propias acciones, puede definirse por medio del habitual recurso a la figura de un yo originador, con genuina capacidad de opción entre alternativas. La *originación* es la idea central de este concepto. Lo decisivo para la adscripción de responsabilidad, para imputar un hecho al autor, no es que su cuerpo haya intervenido causalmente en el hecho, ni siquiera que lo haya hecho de una manera voluntaria en el sentido limitado de que surja de sus propias motivaciones internas, sino que lo haya originado, que la cadena causal acabe en él. «Cuando consideramos a alguien moralmente responsable por una acción –afirma Susan Sauvé Meyer–, asumimos que la secuencia de causas que desembocan en la acción, en cierto sentido empieza en el agente» (139). Que en ocasiones tenemos ese sentimiento de originación y que muchas de nuestras actitudes vitales están condicionadas por este hecho, no debería ser dudoso (140). Este concepto de libre albedrío es el que refleja la idea de poder actuar de modo distinto en su significado más estricto, y en esta medida es totalmente incompatible con el determinismo. En esto tienen plena razón los incompatibilistas, y aquí reside una buena parte del problema examinado. Muchos autores creen que es precisamente esta concepción intuitiva la que de verdad importa, y que una responsabilidad moral privada de esta circunstancia no es suficiente. Los compatibilistas creen, sin embargo, que un concepto menos exigente de libertad, compatible con la eventual verdad del determinismo, es suficiente para justifi-

---

*Resentment* (como en nota 67), p. 59–. En la misma línea, crítico con la posición de Austin, que también consideró que el determinismo es algo poco claro, WIGGINS –«Towards a Reasonable Libertarianism», en Ted Honderich (ed.), *Essays on Freedom of Action* (Londres/Henley/Boston: Routledge & Kegan Paul, 1973), p. 36.

(139) *Aristotle on moral responsibility* (como en nota 53), cit. p. 149.

(140) Así HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 133 ss. y p. 137 y s., que estima que en realidad poseemos la percepción de las dos clases de libertad en disputa, el yo originador y el meramente voluntario.

car la responsabilidad moral. Creo que sólo en parte tienen razón. De las ideas que normalmente asociamos al concepto de responsabilidad subjetiva, esta libertad aligerada permite explicar algunas, pero no todas, y aquéllas sólo bajo ciertas condiciones que no se dan siempre. Si no me equivoco, esto significa que debe completarse el modelo limitado de libertad con algún requisito adicional, y además deben reconocerse sus límites justificatorios.

La línea tradicional en el análisis de la libertad de los compatibilistas parte de Hobbes (141) y Hume (142) y se plasma en la conocida argumentación de G. E. Moore: «un agente *pudo* realizar una acción dada que no realizó siempre que sea cierto que pudo hacerla *si* lo hubiera elegido» (143). Con esta reformulación la responsabilidad no se hace ya depender de lo que alguien pudo realizar en un sentido absoluto, sino en el más limitado y condicional de «podría si lo hubiera elegido», lo que, según Moore, entraña una gran diferencia, entre otras cosas porque esto último puede darse perfectamente también en un mundo determinado. Con ello se distinguen dos significados de libertad: por un lado la libertad de acción, a la que, utilizando una expresión tradicional, también se ha denominado «libertad como espontaneidad», y por otro la libertad de elección o de voluntad, también llamada «libertad como indiferencia» (144).

Son muchas las críticas que ha merecido este planteamiento desde su formulación (145). El argumento central de todas ellas es

---

(141) *Leviatán* (Madrid: Tecnos, 1965), cap. XXI, pp. 180 ss.

(142) «Of Liberty and Necessity», *Enquiry Concerning the Human Understanding*. En general, sobre la evolución del compatibilismo, v., por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 125 ss. En particular sobre Hume, v. RUSSELL, Paul, *Freedom and Moral Sentiment. Hume's Way of Naturalizing Responsibility* (Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1995).

(143) *Ethics* (Londres/Oxford/Nueva York: Oxford University Press, 1978; primera publicación, Oxford: Clarendon Press, 1912), cit. p. 85.

(144) Distingue entre libertad de acción y de elección VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9. Utiliza la terminología clásica, entre otros, KENNY, *Will, Freedom and Power* (como en nota 70), pp. 122 ss., al que sigue en este punto NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana* (como en nota 35), pp. 104 ss.

(145) Véase, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), pp. 126 ss., para las críticas más antiguas. La réplica clásica es la de John L. AUSTIN –«Si y puedes», en *Ensayos filosóficos*, compilación de J. O. Urmson y G. J. Warnock, Alianza: Madrid, 1989, pp. 193 a 215. (Traducción de A. García Suárez del original inglés «Ifs and Cans», en *Philosophical Papers*.

que esta solución no hace más que retrasar el problema un paso (146). La acción es libre porque fue elegida por el agente, pero ¿fue éste libre *al elegirla*? Si se admite el principio causal, y al menos no negarlo es un presupuesto del compatibilismo, entonces resulta evidente que también los deseos y creencias internas del autor, que condicionan su elección, han sido causadas por hechos precedentes sobre los que éste no ha tenido influencia posible, y no se ve entonces cómo se puede afirmar que es responsable de las acciones que tales deseos no imputables provocan. En palabras de Hospers, el sujeto «puede hacer lo que le plazca, pero no puede placerle lo que le plazca» (147). Se trata de una situación inversa a la de la *actio libera in causa*. Aquí habrá más bien una *actio serva in causa*.

Creo que es conveniente insistir aquí en una idea ya apuntada, que es la tendencia de los compatibilistas a despojar al determinismo, o si se prefiere al principio causal, de una parte de su ominosa carga, algo que se hace presente en la argumentación criticada. Frente a ello debe recordarse que todo lo sometido al principio causal no puede haber sido de manera distinta a como fue en el sentido más fuerte que admite esta expresión. Fijadas las condiciones iniciales –entre las que se encuentra el propio pensamiento consciente del sujeto– las cosas suceden necesariamente y no hay campo para la contingencia (salvo los fenómenos indeterminados cuánticos que ni operan en el nivel macroscópico, ni sirven para fundamentar la responsabilidad del agente por su carácter azaroso). La referencia a los actos voluntarios del sujeto es, entonces, insuficiente para justificar la responsabilidad. Si verdaderamente ésta depende de la posibilidad de actuar de manera distinta, la interpretación hipotética del poder defendida por los compatibilistas no sirve: el hecho hubiera sido distinto si el sujeto lo hubiese querido,

---

2.ª ed., The Clarendon Press: Oxford, 1970. [Inicialmente publicado en *Proceedings of the British Academy, 1956*])–. Entre las modernas, a modo de ejemplo, VAN INWAGEN, «The Incompatibility of Free Will and Determinism», en Gary WATSON (ed.), *Free Will* (Oxford: Oxford University Press, 1982), pp. 46 ss.; RICHMANN, *God, Free Will, and Morality. Prolegomena to a Theory of Practical Reasoning* (Dordrecht/Boston/Lancaster: D. Reidel, 1983), pp. 31 ss.; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73, pp. 142 ss.; WATSON «Introduction» (como en nota 100), p. 3; CHISHOLM, «Human Freedom and the Self» (como en nota 32), p. 25.

(146) Así, expresamente, VON WRIGHT –«Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 9.

(147) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 75), cit. p. 414. Similar VON WRIGHT, «Of Human Freedom» (como en nota 54), p. 2.

pero no podía quererlo, por lo que el resultado final está tan definido en el bloque de hierro como aquel en el que directamente falta la propia libertad de acción.

El concepto de libertad que necesitamos es otro. Una libertad que sirva de base a la responsabilidad personal y que a la vez sea compatible con la estructura causal de la realidad no puede basarse en una capacidad de actuar de manera distinta, que es sencillamente contradictoria con esta estructura. Pero ¿es imaginable tal cosa? Los incompatibilistas creen que no. Piensan que sólo un concepto de libertad original, no causalmente condicionado por sus antecedentes externos permite fundar la responsabilidad subjetiva, pero ya hemos visto que ninguno de los intentos realizados ha podido ofrecer ni siquiera un atisbo de explicación científica de ese extraño fenómeno, sin relación aparente con ninguno de los otros hechos con los que está acostumbrada a tratar la ciencia, y además hay razones para pensar que tal explicación es imposible, que no hay vía intermedia entre el azar y la causalidad.

### 4.º Negación de la libertad como base de la responsabilidad

Frente a ello no es extraño que algunos autores incompatibilistas hayan acogido con militancia (148) la otra alternativa del incompatibilismo que todavía no hemos examinado: la negación de la libertad y, consecuentemente, de la responsabilidad subjetiva entendida al modo tradicional, lo que en ocasiones se ha denominado *determinismo duro* por oposición al de los compatibilistas que sería un determinismo blando. Esta posición admite dos variantes, una extrema, que elimina por completo la idea de responsabilidad subjetiva o culpabilidad, y otra más limitada, que la mantiene pero con un fundamento ajeno a la libertad, como puede ser su utilidad desde un punto de vista preventivo. Es en Derecho penal donde más importancia han adquirido estas ideas, sobre todo la segunda.

La supresión de la culpabilidad como fundamento de la pena ha aparecido esporádicamente en la doctrina penal y filosófica. En la tradición continental suele citarse el caso de la Escuela Positiva italiana de principios de siglo, cuyos autores más significativos fueron

(148) Como lo ha descrito plásticamente WEATHERFORD, para muchos autores que defienden esta posición, «si la libertad de voluntad es incompatible con el determinismo, tanto peor para la libertad» –*The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit. p. 93.

Lombroso, Garófalo y Ferri. Sobre la base de una crítica frontal al libre albedrío, propusieron un Derecho penal puramente preventivo basado en la peligrosidad criminal del autor, en el que la responsabilidad personal desaparece en favor de una responsabilidad social. En la práctica ello suponía la desaparición o desnaturalización de la figura tradicional de la pena que pasaba a fundirse dentro de la categoría genérica de las medidas de seguridad (149). En el mundo anglonorteamericano una de las referencias habituales es la posición de Barbara Wooton, contraria al concepto de culpabilidad (150). En España uno de los autores más significados en esta línea fue, sin duda, Dorado Montero (151), muy influenciado por la Escuela Positiva italiana. Este autor pertenece a una tradición que no se puede decir que goce hoy de grandes simpatías, pero cuyos puntos de vista merecen atención porque enlazan con la idea de justicia en la distribución. Es la línea en la que destacan autores históricos tan sintomáticos como el barón Holbach (152) o Darrow (153). Para todos ellos el delito no es la obra de una persona que, en uso de una libre capacidad de acción, opta por realizar el delito, sino el efecto determinado de circunstancias sociales y naturales que le abocan al crimen. El delincuente, como diría Dorado, es «un individuo débil, débil de cuerpo o de espíritu, o de ambas cosas, y por tal motivo necesitado de fortalecimiento y ayuda» (154). Frente a actos de tales personas la mejor solución no es la represiva, sino la reforma social

(149) Sobre la escuela positiva, v., entre otros, SÁINZ CANTERO, *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución* (Barcelona: Bosch Barcelona, 1970 (reimpresión: Bosch, 1977, por la que se cita), pp. 78 ss.; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), pp. 205 ss., «The Campaign against Punishment» (como en nota 57), pp. 114 ss.; L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, «Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), pp. 562 ss.

(150) Sobre ello, ROSS, *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), pp. 211 ss., «The Campaign against Punishment« (como en nota 57), pp. 116 ss.; HART, *Punishment and Responsibility* (como en nota 1), pp. 178 ss. y esp. 193 ss.

(151) V., por ejemplo, *Bases para un nuevo derecho penal* (Barcelona: Sucesores de Manuel Soler), pp. 74 ss. Sobre Dorado Montero, v. ONECA, *La utopía penal de Dorado Montero* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 1951); CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, I: Introducción*. 5.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1996), pp. 95 ss. y la bibliografía allí citada.

(152) Referencias en WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 91 ss.

(153) V. WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 96 ss.

(154) *Bases para un nuevo derecho penal* (como en nota 151), cit. p. 76.

y el tratamiento del delincuente. «El juez severo, adusto y temible debe desaparecer, para dejar el puesto al médico cariñoso y entendido (y por entendido, precisamente indulgente: *tout comprendre c'est tout perdonner*), al médico, a la vez del cuerpo y del alma, cuya única preocupación consistirá en levantar al caído y ayudar al menesteroso» (155).

Casi no hace falta insistir en la ingenuidad que entraña un planteamiento como el de Dorado. Pero merece la pena rescatar de su pensamiento y del de los demás autores próximos la idea de que no se puede cerrar los ojos a la evidencia empírica que conecta de manera constante una parte sustancial de la criminalidad a condiciones sociales de marginación, a abusos sufridos en la infancia, a la ausencia de un medio familiar y social donde poder crecer como persona. La visión del hombre libre y responsable que alimenta muchas de las tesis libertarias resulta no sólo científicamente falsa, sino que es además injusta porque olvida la relación entre delito y condiciones iniciales injustas en el reparto de los bienes, y no sólo patrimoniales, sino de salud, afecto, educación, etc. Ello enlaza con la posición de algunos defensores modernos del determinismo, que han destacado las ventajas de este planteamiento desde un punto de vista humanístico (156), frente a la habitual visión catastrófica que se ofrece de él desde posiciones libertarias. Creo que este aspecto del problema debe tener relevancia en el concepto de responsabilidad subjetiva que tratamos de encontrar. Un reproche sustentado sobre la genuina capacidad de actuar de manera distinta no puede mantenerse en sus mismos términos cuando ésta cae, arrastrada por la irrealidad de los planteamientos libertarios y la incapacidad de los compatibilistas para rellenar el hueco.

Pero los planteamientos deterministas fuertes (incompatibilistas) que estamos examinando no pueden ser tampoco la solución. Puede que haya algún error en nuestra visión del mundo –y creo que lo hay en la originación–, pero no puede ser todo un error. No parece que la solución al problema sea prescindir de la filosofía moral, que sería el último escalón de dicha vía. En alguna medida

(155) *Bases para un nuevo derecho penal* (como en nota 151), cit. p. 79.

(156) V., por ejemplo, WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), pp. 220 ss. y 236 ss. Destaca la relación entre estas tesis y los sentimientos de compasión por la víctima SIDNEY HOOK, «Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism», en Bernard Berofsky (ed.), *Free Will and Determinism* (Nueva York/Londres: Harper & Row, 1966), pp. 48 ss.

estas posiciones acaban traicionando sus propios presupuestos. Pese a tomar como punto de partida el escrupuloso respeto a la realidad y a lo que de ella nos dice la ciencia, acaban prescindiendo por completo de una parte esencial de dicha realidad. La capacidad de actuar de manera distinta puede ser una ilusión común entre las personas, pero un dato que no puede sortearse es el indudable hecho de que las relaciones interpersonales, toda la estructura social, e incluso las relaciones individuales de cada uno consigo mismo están cortadas a la medida de este sentimiento. El hombre se ve a sí mismo no como un mecanismo sino como un agente moral, capaz de responsabilidad. Suponer, entonces, que racionalmente deberíamos prescindir de aquello que nos define como seres racionales no parece una solución acertada. Ha sido sin duda Strawson quien mejor ha utilizado esta argumentación. En su opinión, no es posible ni razonable suprimir las actitudes reactivas inter o intrapersonales basadas en la percepción del otro o de uno mismo como ser responsable por actitudes neutras, objetivas, como las que adoptamos frente a desgracias naturales, a comportamientos de animales, o incluso ante hechos de personas inimputables. Quienes prescinden de las actitudes morales «sobreintelectualizan» sus posiciones cayendo en un «empirismo incompleto» o «utilitarismo tuerto» (157).

Esta réplica puede aplicarse también a quienes defienden una versión menos radical acerca de la desaparición de la culpabilidad. En un artículo ya clásico, Gimbernat Ordeig ha defendido desde un planteamiento determinista la necesidad de desvincular por completo la culpabilidad de la capacidad de actuar de otro modo. En su opinión, ello no entraña suprimir las circunstancias subjetivas que hoy integran el juicio de culpabilidad, que podrían perfectamente mantenerse desde una óptica puramente preventiva (158). Esta observación es, en lo sustancial correcta, pero no deja de plantear algunas dudas para los casos límite. Ya vimos que la

(157) *Freedom and Resentment* (como en nota 67), pp. 78 y s. Aunque la acusación de Strawson en este caso es contra los compatibilistas –que él denomina optimistas– que creen que puede prescindirse del concepto de originación sin consecuencias, puede aplicarse también contra los deterministas fuertes que llevan ese planteamiento al extremo prescindiendo de cualquier referencia a la libertad. Es en general contra todos quienes creen que puede prescindirse de la capacidad de actuar de modo distinto.

(158) «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?» (como en nota 41), pp. 151 ss.

concurrencia de los elementos de la culpabilidad es un requisito esencial de la capacidad directiva de las normas de conducta, pero apelar sólo a la prevención parece dejar siempre una puerta abierta a medidas sancionadoras que sin duda son preventivamente eficaces, y sin embargo completamente injustificables. Por ejemplo, no sería del todo irracional amenazar con una sanción penal a una persona inocente para así conseguir amedrentar a un tercero que fuera, por ejemplo, familiar próximo de aquél. En este caso la pena no serviría para nada respecto del castigado, pero sí respecto del posible delincuente. Naturalmente podría contestarse que la responsabilidad penal es personal, que sólo puede aplicarse a quien ha cometido un delito, que debe siempre respetarse la dignidad de la persona, pero lo difícil es justificar estas afirmaciones sin acudir a algún tipo de argumentación moral, que también podría verse afectada por la posible verdad del determinismo (159).

Pero incluso si llegásemos a la conclusión de que el determinismo no impide afirmar la dignidad ni otros valores morales, aunque sí dejaría fuera la posibilidad de actuar de manera distinta –y efectivamente creo que esto es posible– hay otra objeción contra los planteamientos preventivos que me parece difícil de sortear, y es que acaban cayendo en lo que más arriba denominé «dilema de Hold von Ferneck» (160). Si admitimos, con Gimbernat, que los requisitos de la culpabilidad son exigibles porque en su ausencia no es posible la motivación normativa, entonces en un mundo determinado la comisión de un delito es la prueba incontrovertible de que concurre una causa de exclusión de la responsabilidad porque el sujeto no era en el caso concreto motivable. En un mundo determinado, el que es motivable en el caso concreto por la norma, se motiva, y si no lo hace es porque no es motivable. Claro está que si se aceptara esta conclusión el efecto preventivo de la pena desaparecería, y por eso resulta evidente que en estos casos no puede renunciarse al castigo, pero la objeción de fondo contra el planteamiento teórico subsiste: si lo decisivo es la motivación, ¿por qué se sanciona a quien cometió un delito siendo inmotivable? La respuesta sólo puede ser «para que sea motivable en el futuro», pero ello entraña la sustitución del principio de culpabilidad –sólo se res-

(159) Ésta es una de las críticas que HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR esgrime contra el planteamiento de Gimbernat –«Libertad y responsabilidad penal» (como en nota 61), p. 567–.

(160) *Supra* notas 63 y 64.

ponde por el hecho cometido culpablemente– por el principio de peligrosidad, que es precisamente lo que se trataba de evitar.

Un último argumento contra estas teorías, que ya ha sido suficientemente destacado, es que no ofrecen una justificación de la desequilibrada distribución de males que entraña la pena. Renuncian al libre albedrío, en el que se basaba la justificación por merecimiento, y no lo sustituyen por ningún otro criterio distributivo (161).

## 3. **Hacia una solución ecléctica**

### a) *Introducción*

Estamos ya en condiciones de plantear si es posible una concepción de la responsabilidad subjetiva que responda a los criterios arriba enunciados: que sea compatible con el estado actual de la ciencia, que pueda explicar la existencia cierta de actitudes morales y que a la vez permita justificar la imposición de medidas de responsabilidad jurídica. El punto de partida debe ser, entonces, situar la responsabilidad en el marco de la visión científica del mundo.

¿Cómo se presenta la acción humana desde una perspectiva científica? El análisis realizado muestra ante todo el fracaso de las teorías libertarias a la hora de encontrar un apoyo empírico a su concepto de libertad basada en una capacidad originaria –no causada a su vez– de elección. No se ha descubierto hasta ahora ni parece posible que exista un fenómeno indeterminista que pueda dar cuenta de la capacidad libre de actuar de manera distinta, y que no sea ni puramente azaroso ni externamente causado.

La alternativa es, entonces, la que hoy mayoritariamente ofrece la ciencia: un mundo con una altísima dosis de determinación –de sometimiento al principio causal–, y con ciertos fenómenos indeterministas azarosos que operan en el nivel subatómico y que son expresables mediante leyes estadísticas.

Esta visión de las cosas plantea el problema de la responsabilidad en toda su crudeza. Si el mundo está plenamente determinado, entonces es como lo describió Laplace, y nada pudo de ser de manera distinta a como fue. Y esta afirmación seguiría siendo válida

(161) Muy claro en este sentido, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal* (como en nota 35), pp. 363 y s.

aunque una figura como el demonio o dios de Laplace no sea empíricamente posible. Si, como hoy se acepta, hay un cierto grado de indeterminismo, ello sólo nos ahorra una parte de la visión más amenazante del determinismo, la imagen del bloque de hierro único cuyas infinitas manifestaciones a lo largo del tiempo estaban ya contenidas en el momento inicial del universo; pero no nos evita la otra imagen, que es la que verdaderamente nos preocupa: la de una acción humana plenamente determinada por sus antecedentes y sólo eventualmente modificada por la contingente presencia de un fenómeno cuántico, sobre el que el propio sujeto carece también de influencia.

Si aplicamos estas conclusiones a la pregunta de si cabe actuar de manera distinta, la respuesta sólo puede ser negativa. En un mundo plenamente sometido al principio causal *nada*, y tampoco la acción humana, pudo ser de manera distinta a como fue. Y en un mundo en el que se combinen transformaciones sometidas al principio causal y otras dependientes del azar, este último factor introduce la contingencia, por lo que algunas cosas en principio podrían ser distintas a como han sido, pero, por un lado, siempre dentro del estrechísimo marco que predice la física –determinismo prácticamente total en el nivel macroscópico debido a la regularidad estadística de los procesos indeterministas–, y por otro, y esto es decisivo, de manera puramente azarosa y no sobre la base de una decisión del agente que permita imputarle responsabilidad.

Si no me equivoco, estamos en el punto en el que ya muchos consideran que no hay nada que hacer. Que la responsabilidad que pueda construirse sobre estos presupuestos no es suficiente. Los autores compatibilistas no están de acuerdo, pero no siempre plantean las cosas de manera tan clara. Algunas soluciones resultan calculadamente ambiguas para por un lado aparecer como científicas –así que no niegan el determinismo o cuasideterminismo– pero por otro lado no cerrar por completo las puertas a la capacidad de actuar de modo distinto –así que usan un concepto de libertad de acción, independiente de la libertad de voluntad, en la que parece todavía apuntarse la existencia de alternativas–. Creo que esta actitud es incorrecta y no sirve más que para alentar posiciones metafísicas incontrastables, como las que yacen bajo la mayor parte de las propuestas libertarias.

Aceptado este estado de cosas, resulta evidente que tenemos una percepción de nuestras acciones que no es exactamente la des-

crita. Es cierto que tampoco nos engañamos ingenuamente [en toda sociedad y época –en algunas culturas más que en otras– se encuentran referencias a la idea de que las cosas son de la única forma que podían ser (162)], pero con carácter general percibimos que ciertas opciones están abiertas, que podemos hacer X o Y, y el determinismo parece decirnos que no, que todo está escrito de antemano. Algunos autores deterministas, como Hospers, han mostrado que la creencia en el determinismo no supone caer en el fatalismo (163), y, como veremos, es cierto si se interpreta adecuadamente, pero hay que reconocer que en una primera aproximación parece favorecer esa actitud vital (164).

¿Cómo podemos compaginar la estructura causal de nuestros actos que nos sugiere la ciencia con la percepción interna de libertad que está en la base de nuestras actitudes morales? Creo que hay al menos dos maneras: la primera sería considerar que, como en tantas otras cosas, nuestra percepción es errónea, lo que plantea el problema de qué actitud deberíamos tomar entonces, en cuanto seres racionales, una vez descubierto el error; la segunda consistiría en desarrollar una teoría empírica de la libertad. Esta segunda me parece la perspectiva más fructífera, y es la que trataré de esbozar una vez descartada la primera.

### b) *¿Es la libertad un error de percepción?*

Si la percepción que tenemos de nuestras acciones es que pueden operar como genuinas causas originales, completamente independientes (al menos en un cierto margen) de antecedentes causales, entonces es cierto que incurrimos en un error, porque lo que nos dice la ciencia es que la realidad no es así. ¿Cabría entonces pensar en una modificación de nuestras actitudes una vez conocida la falsedad de las creencias?

Aun cuando ésta fuera efectivamente nuestra percepción de libertad, la conclusión no tendría por qué ser la renuncia a ella por su incompatibilidad con la ciencia. En primer lugar, es posible que esta

(162) Actitud que suele asociarse al fatalismo, a su vez conectado al determinismo lógico.

(163) *Introducción al análisis filosófico* (como en nota 74), pp. 402 ss.

(164) S. HOOK llega a plantear si es concebible un determinista que no sea a la vez fatalista –«Necessity, Indeterminism, and Sentimentalism» (como en nota 156), p. 50.

renuncia sea imposible. La percepción de libertad es seguramente tan antigua como el pensamiento consciente, y tan arraigada en nuestra forma de ser que muy probablemente ningún argumento racional pueda sobreponerse a su impronta natural (165). Pero, como ha indicado Strawson, esta objeción basada en lo que probablemente ocurra no evita preguntarse por la actitud racional a tomar frente a ello. El propio autor responde, sin embargo, que difícilmente puede estimarse racional en el marco de nuestra concepción de la vida prescindir de las relaciones interpersonales que son parte esencial de dicho marco (166). Creo, sin embargo, que esta salida sólo sería correcta desde el punto de vista de la racionalidad si pudiera demostrarse que efectivamente se trata de un error fructífero, y la cuestión es discutible.

Normalmente tener un mejor conocimiento de la realidad es una ventaja más que un inconveniente –en eso se basa el avance científico–, pero cabe pensar en situaciones en las que la ignorancia de un hecho amenazante pueda favorecer ciertas actitudes positivas que no se darían si el sujeto fuera consciente de la realidad. Casos como ocultar su enfermedad a un enfermo terminal están en la mente de todos. Creo, sin embargo, que éste no puede ser el caso en la libertad. En primer lugar, ya resultaría difícil decidir qué plan seguir para promover la ceguera colectiva en torno a esta cuestión y justificarla «moralmente». El mismo planteamiento de la cuestión muestra lo irreal de la hipótesis. Pero es que, además, el progresivo avance de la ciencia, y la reafirmación del principio causal que ello implica, haría inútil cualquier esfuerzo en esa línea. De hecho, de cuando Strawson escribió su artículo al momento actual se han sucedido espectaculares avances en el conocimiento del cerebro, en el desarrollo de programas de inteligencia artificial y en la decodificación de las bases genéticas de nuestra existencia, y es de esperar que haya más.

Pero, con todo, esto serían cuestiones secundarias. El principal argumento contra una eventual política de venda en los ojos es de orden ético y jurídico. La afirmación de la libertad originaria del hombre no sólo tiene efectos positivos, sino también negativos. Tomando como base esa libertad se exige responsabilidad jurídica a

(165) En este sentido, muy claramente, STRAWSON, *Freedom and Resentment* (como en nota 67), p. 68; WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), p. 89.

(166) *Freedom and Resentment*, p. 70.

quien ha cometido un hecho ilícito. Si resultara falso el presupuesto, sería inmoral imponer la consecuencia. La responsabilidad jurídica quedaría desprovista del criterio legitimador que permite una imposición tan desequilibrada de males (167).

Creo, sin embargo, que las objeciones pueden sortearse admitiendo que el concepto de libertad que sentimos real no es necesariamente el de una originación incondicionada y no entraña un error, o al menos no del tipo que deba preocuparnos.

### c) *Una teoría empírica de la libertad*

No se trata aquí, como es lógico, de desarrollar una teoría ni siquiera parcial de los presupuestos psico-físicos que permitirían explicar la libertad desde un punto de vista científico (168). No sólo desbordaría con mucho el alcance de este trabajo y de mis conocimientos, sino que ni siquiera existe todavía algo que pudiera considerarse como una teoría global del pensamiento consciente y de la libertad. Existen aportaciones parciales de diversas ciencias, pero todavía hoy sufrimos importantes lagunas a la hora de explicar cómo funciona el cerebro, en el que reside nuestro pensamiento consciente. Admito, sin embargo, que pese a estas lagunas, es correcto el postulado central empirista de que nuestro pensamiento consciente y todo lo que lleva aparejado (incluida la percepción de libertad) son el resultado de la actividad físico-química de un cerebro que interactúa con el mundo y de nada más. No hay, por tanto, una dualidad cartesiana mente-cuerpo. Admito también que se trata de fenómenos cuya aparición es explicable de acuerdo con los postulados básicos de la teoría de la evolución. Esta ubicación de lo mental en lo físico permite situar la actividad el hombre de forma plena en el marco de la ciencia, sin necesidad de acudir a instancias metafísicas que marquen una barrera en torno a nuestra especie, tentación que siempre está presente en esta materia.

---

(167) En este sentido, SADURSKI, *Giving Desert Its Due* (como en nota 45), p. 133.

(168) Sobre ello, por ejemplo, HONDERICH, *¿Hasta qué punto somos libres?* (como en nota 56), especialmete caps. 3 a 5; JOHNSON-LAIRD, P. N., *El ordenador y la mente* (Barcelona: Paidós 2000; traducción de Alfonso Medina y revisión de J. A. García Madruga del original en inglés, *The Computer and the Mind: An Introduction to Cognitive Science*, Londres: Fontana Press, 1993), pp. 333 ss.

Con estos presupuestos, mi propósito ahora es mucho más limitado. Se trata sólo de situar el problema de la aparente incompatibilidad entre estructura del mundo y libertad en un marco que nos permita justificar o descartar la responsabilidad personal, lo que resulta imprescindible a su vez para legitimar la imposición de consecuencias lesivas. En esta línea, creo que un enfoque fructífero para empezar puede ser la distinción entre dos posibles *perspectivas* que cabe adoptar frente al mundo circundante en el que rige (de manera completa o parcial) el principio causal: una es la perspectiva externa de quien contempla el mundo desde fuera, sin intervenir en él; otra es la perspectiva de un sujeto que interviene activamente en el mundo, que es parte causal del mismo.

Intentaré defender tres ideas: *a)* en primer lugar, que nuestra percepción de libertad es una consecuencia necesaria de la perspectiva interna, esto es, es la posición que adoptaría un ser consciente y activo dentro de un sistema causal (y, por tanto, la *sensación* de libertad es plenamente conciliable con una estructura regida por el principio causal); *b)* en segundo lugar, que esta perspectiva no es, al menos en uno de los enfoques posibles, errónea (lo que contradice un postulado central del fatalismo), y a la vez resulta extraordinariamente fructífera para crear sociedades complejas, siendo una muestra refinada de adaptación al medio; *c)* por último, que tomando como base dicha libertad se puede justificar una responsabilidad subjetiva no tan amplia como querrían los libertarios, pero sí suficiente para legitimar la responsabilidad jurídica siempre que se introduzcan ciertos criterios correctores.

## 1.º Libertad y perspectiva interna

En un momento anterior de este trabajo quedó apuntada la relación paradójica que se da entre determinismo y causalidad. El carácter paradójico procede de que precisamente la vinculación causal, conforme a leyes, entre acontecimientos es la característica que define un sistema determinado, pero a la vez en tal sistema todo está intrínsecamente relacionado con todo lo demás –de aquí el símil del bloque de hierro– por lo que la distinción entre causas y efectos parece resultar caprichosa.

La paradoja se resuelve pasando de la perspectiva externa de quien contempla idealmente desde fuera un sistema determinado, a la interna de quien se encuentra inmerso en él y sometido a la di-

mensión temporal (169). Cuando el mundo determinado se examina desde dentro del propio sistema [en sentido estricto, ésta es la única posibilidad real (170)] por un observador interno que además tiene capacidad de influir en la realidad (171) y que tiene una di-

(169) Hay otro factor que puede favorecer la paradójica relación entre causalidad y determinismo, que es el doble significado del término causalidad en su evolución histórica. Aunque hoy predomina un concepto de causalidad ligado a la conexión entre acontecimientos conforme a leyes naturales, en el que cuenta como causa de un hecho el conjunto de todas sus condiciones previas, lo cierto es que originalmente el término se utilizó para designar sólo las condiciones originarias, en las que no cabe remontarse a un momento anterior. Como tales condiciones originarias son incompatibles con un modelo determinista, que responde a la estructura de un bloque macizo, la paradoja está servida. Sobre este concepto de causalidad y su vinculación con la responsabilidad subjetiva véase, por ejemplo, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (como en nota 30), pp. 16 ss. y 30 ss. Sumamente interesante sigue siendo el clásico trabajo de KELSEN «La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución», en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (México: Editora Nacional, 1979), pp. 53-112.

(170) Por definición, un sistema plenamente determinado es aquel que no puede ser modificado, y ello entraña que nada externo puede tener influencia alguna sobre él, ya que, en caso contrario, si el elemento «externo» estuviera a su vez completamente determinado, dejaría de ser externo para integrarse en el propio sistema como uno más de sus elementos, y si no lo estuviera –y ésta parece ser la situación de la «inteligencia» de Laplace–, entonces puede suceder que tenga capacidad de intervención en el sistema, o que sea un mero observador. En el primer caso automáticamente dejaría de existir un sistema determinado, en la medida en que la posible, pero no necesaria, intervención externa convierte el sistema en contingente (tendríamos entonces un sistema parcialmente indeterminado); en el segundo caso un hipotético observador sin capacidad de intervención, y por ello ajeno al sistema, plantea a su vez dos tipos de problemas: su naturaleza y la naturaleza de sus conocimientos sobre el sistema. En cuanto a lo primero, tal sujeto externo sólo podría ser un ente metafísico, lo que inmediatamente le aleja de nuestro interés empírico. Cualquier sujeto (físico) que pueda observar un sistema físico es a la vez parte de dicho sistema, en la medida en que la observación entraña trasferencia de energía y ésta constituye un elemento esencial en la definición de pertenencia a un sistema. Desde el punto de vista físico, un sistema estrictamente determinado constituye, por definición, un mundo independiente, sin conexiones con otros eventuales sistemas o mundos, por lo que la «inteligencia» de Laplace sólo podría ser, como acertadamente se la ha caracterizado, un dios o un demonio en el sentido metafísico de ambos términos. Lo mismo sucede con la naturaleza del conocimiento de dicho ser: sólo puede consistir en algún tipo de conocimiento metafísico que no entrañe alteración del sistema «observado». Por ello, debe ser un conocimiento *a priori* y no obtenido a partir de la observación o experimentación sobre el sistema.

(171) En sentido estricto esto es una redundancia ya que, como vimos en la nota anterior, no es físicamente posible un mero observador no participante, ni ex-

mensión temporal, la expresión en términos de causalidad vuelve a adquirir sentido para él. La observación de regularidades en el suceder de los acontecimientos le permite inducir leyes causales que pueden proyectarse sobre acontecimientos venideros y así sirven para predecir el futuro con un cierto grado de probabilidad, lo que a su vez condiciona el propio comportamiento del espectador (172). Lo que desde una perspectiva externa, atemporal, es un bloque cerrado de materia que cambia de forma, en el que se pueden individualizar sucesos, pero siempre conectados indefectiblemente con el resto de fenómenos, examinado en una dimensión temporal son hechos que condicionan la existencia posterior de otros hechos, y cuya manipulación por el agente interno *conforma* la realidad. Ello no quiere decir que la actuación del sujeto no sea a su vez un efecto de anteriores causas. De hecho, la perspectiva externa muestra que, piense lo que piense el autor, en un sistema causal esto es siempre así, al menos para la parte de la realidad sometida a dicho principio. Pero a la vez es cierto que él se convierte en eslabón causal de la cadena y ello provoca efectos cuando entra en acción la conciencia. Igual que la causalidad sólo adquiere sentido desde una perspectiva interna, lo mismo pasa con la libertad o el deber.

Como estamos interesados en el análisis de la elección responsable, podemos tomar como punto de partida una situación hipotética en la que haya una alternativa entre dos acontecimientos X o Y, ambos lógicamente posibles, en un mundo regido por el principio causal y que va adquiriendo niveles crecientes de complejidad. Creo que podrían distinguirse al menos cuatro niveles, y en cada uno es preciso examinar las perspectivas externa e interna.

– Un primer nivel sería el de una realidad compuesta por materia inanimada que además ni siquiera puede singularizarse como entes independientes. En este nivel sólo operan factores causales externos que provocan el resultado X o Y de manera necesaria (o bien azarosa si el proceso está sometido a indeterminación cuántica). Para un observador externo la predicción es posible a partir del

---

terno ni interno. Lo que sí es posible –en realidad es lo habitual– es un espectador interno con capacidad limitada de acción, esto es, que pueda interferir en menos acontecimientos de los que pueda percibir.

(172) Y este proceso no tiene por qué ser consciente. También los animales aprenden del pasado por ensayo y error y modifican su comportamiento en virtud de lo aprendido. Esta capacidad de extraer regularidades al observar la realidad, impuesta por la evolución, ha resultado decisiva para el desarrollo y supervivencia de los seres vivos más complejos.

conocimiento de las condiciones iniciales y de las leyes causales de transformación. Perspectiva interna no existe, como es obvio.

– Un segundo nivel aparecería con la presencia de seres independientes, animados o no, que interaccionan con el ambiente y a la vez responden a sus propios estímulos o mecanismos internos. En este caso la situación es muy similar a la anterior. La única diferencia relevante es que entra en juego una dimensión interna que de alguna manera define al propio ser, y que se suma al resto de factores ambientales. El observador externo necesita conocer ambos grupos de factores para poder hacer una predicción causal fiable, y ello puede volverse más complicado según aumente la complejidad del organismo actuante, pero en principio es algo posible. Tampoco aquí hay observadores internos.

– Un tercer nivel se corresponde con la presencia de seres conscientes, una parte de cuyas actividades son acciones explicables en términos de razones. En este caso son ya tres los factores a tener en cuenta para cualquier predicción: los ambientales ajenos al sujeto, los internos de éste pero no conscientes, y por último los internos conscientes que además ejercen el control último en ciertas actividades. En este nivel surge por primera vez la perspectiva interna, el yo. El mismo sujeto que opera causalmente goza de conciencia para percibir su propia actividad. Pero por ahora es una intervención limitada en su alcance, que no abarca la reflexión del sujeto sobre su propio proceso decisorio. Sin embargo, ya en este nivel puede darse una primera explicación a la habitual percepción de libertad que sentimos. Esta percepción es el resultado de la combinación de dos factores: por un lado la conciencia, y por otro la capacidad de intervención física sobre la realidad a impulso de factores internos al sujeto (propósitos, intenciones, deseos, etc.) de antecedente causal no explícito. Si el sujeto no es capaz de ver los antecedentes causales de sus motivaciones internas se sentirá libre, pero su hecho no dejará por ello de estar externamente condicionado.

Para un espectador externo, predecir la elección se vuelve más difícil, porque tiene que barajar más factores, pero en principio no es imposible. Además de la situación externa y la interna no consciente, deberá conocer todas las motivaciones internas conscientes del autor –todas sus posibles razones para la acción– y el orden de preferencia que resuelve los posibles conflictos. La existencia de razones dominantes para X o Y inclinará la balanza en uno u otro sentido.

– El cuarto nivel surge cuando el sujeto elabora conscientemente su elección con autoreferencia a la propia elección. Igual que

el sujeto adquiere conciencia de sus deseos o intereses internos y reflexiona sobre ellos, puede a su vez reflexionar sobre la propia elección. Se produce entonces un efecto de retroalimentación en la deliberación que puede llevar a provocar un bucle, paralizando la toma de decisión del autor. Ello se debe a que el centro nervioso que controla la resolución última que precede a la activación motora, y que procesa las diferentes razones que afectan al sujeto –impulsos primarios, deseos, intereses, valores–, puede referirse a su propia decisión, convirtiéndola en una razón (de segundo nivel) más para actuar. La confluencia de esta nueva razón de segundo grado con las precedentes provoca una nueva decisión que a su vez puede de nuevo reintegrarse como razón de tercer orden, etc. Este bucle, que generaría la incapacidad de decisión del autor, puede ser cortado mediante el recurso a un auxilio externo –tirar una moneda, por ejemplo– o mediante un procedimiento interno que ponga fin a la retroalimentación –un limitador de ciclos, o incluso un dispositivo aleatorio interno–, y que a su vez no pueda ser conocido por la conciencia porque en ese caso se reintegraría también en el proceso de decisión.

En este nivel la perspectiva interna adquiere complicaciones añadidas. Por ejemplo, ¿podría el sujeto predecir su propio comportamiento? Atendiendo al proceso de retroalimentación examinado parece que es imposible, ya que cualquier predicción sobre la acción a tomar crea automáticamente las condiciones para cambiarla. Si no me equivoco, ello crea de manera natural la percepción de libertad, de no estar necesariamente sujeto. Y es importante destacar que desde la perspectiva interna del autor, y a diferencia de lo que sucedía en el caso anterior (173), aquí *no* se trata de un error en la percepción acerca de la propia capacidad de acción, sino que *para él* la elección no puede estar determinada. La conciencia introduce un elemento causal de segundo orden –la reflexión sobre el propio proceso de decisión–, y con ello una elección *externamente* necesaria se convierte en *internamente* contingente. Cuando se combina la situación de indeterminación descrita en el nivel anterior con la de éste se produce en toda su extensión el fenómeno de la percepción de libertad, como *perspectiva interna de sus actos que tiene el ser consciente que actúa a impulso de facto-*

(173) En realidad el caso tercero es más una hipótesis de trabajo que un caso real ya que la conciencia sobre la elección no es algo añadido y posterior a la conciencia sobre otras razones internas, sino que va unida directamente a ellas.

*res internos de antecedente causal no explícito y que a la vez reflexiona sobre su elección.*

¿Qué sucede en este último caso con la perspectiva externa?; ¿puede predecirse la actuación del sujeto? Si estamos en un mundo determinado, sea cual sea la perspectiva interna, el hecho es teóricamente predecible. Pero en este caso el espectador externo deberá conocer no sólo los factores ambientales y los internos conscientes o inconscientes del autor, sino también el sistema de corte del bucle que permite la acción. Naturalmente si éste consistiera en un mecanismo activado por procesos físicos indeterministas la predicción sería imposible.

El contraste entre las perspectivas interna y externa puede ser esclarecedor para distintos problemas (174), y especialmente para las dos cuestiones que nos quedan por ver: por un lado el papel que ha cumplido la percepción de libertad en nuestro desarrollo como personas y la eventual amenaza que supondría la creencia en el determinismo; por otro la justificación de la responsabilidad subjetiva.

## 2.º Libertad, determinismo y fatalismo

La percepción de libertad que surge de manera inevitable de la perspectiva interna, de la conciencia, ha jugado un papel esencial en

(174) Entre otras cosas creo que podría servir para plantear adecuadamente la conocida «paradoja de Newcombe». MACKIE la resume de la siguiente manera: «Estás jugando un juego con un Ser que parece tener poderes predictivos extraordinarios. Delante de ti hay dos cajas en una de las cuales puedes ver 1.000 $. La otra está cerrada y no puedes ver lo que contiene pero sabes que el Ser ha puesto un millón de dólares en ella si ha predicho que tú tomarás esa caja sólo, y no ha puesto nada si ha predicho que tomarás las dos cajas; puedes tomar tanto las dos cajas como sólo la cerrada. Hasta la fecha el Ser ha predicho correctamente la elección de todos los que han jugado con él. ¿Qué deberías hacer?» –«Newcomb's Paradox and the Direction of Causation», *Selected Papers, V. I, Logic and Knowledge* (Oxford: Clarendon Press, 1985)–. La paradoja refleja una situación en la que en la deliberación interna de un sujeto intervienen factores relativos a los objetos elegibles, a su propia elección, y además a la predicción causal que un ser supuestamente omnisciente adoptaría desde la perspectiva externa. El sujeto elector, que es consciente de las dos perspectivas, y por tanto sabe que él no puede genuinamente predecir su hecho, pero sí lo puede hacer el ser con alta capacidad predictiva (salvo que la rotura del bucle que permite finalmente adoptar una decisión opere mediante un mecanismo intrínsecamente indeterminado), debería tomar la caja que contiene el millón de dólares porque en caso contrario efectivamente lo perdería todo.

el desarrollo de la moralidad, que a su vez puede considerarse como un instrumento sofisticado de adaptación al medio (175). Permite una más que adecuada combinación de individuo y sociedad. No es tan eficiente para crear lazos sociales como el instinto férreo que se da por ejemplo en los hormigueros, pero a cambio permite aprovechar las ventajas de la iniciativa egoísta. Pero si el pensamiento moral depende en buena medida de que nos veamos como agentes libres, capaces de elegir entre alternativas, cabe preguntarse en qué medida la creencia en el determinismo puede alterar esta percepción.

El problema filosófico del determinismo no surge con el determinismo –si el mundo está determinado también lo ha estado hasta ahora y ha surgido la sensación de libertad–, ni siquiera con la conciencia, con la perspectiva interna, sino cuando ésta percibe y asume racionalmente la perspectiva externa. Este conocimiento puede convertirse en un nuevo factor de determinación –de tercer nivel– que actúe sobre el proceso de decisión del autor. Pero, de haber alguno, sus efectos perjudiciales sólo pueden ser menores, por dos razones. En primer lugar, porque el proceso interno garantiza que la determinación nunca pueda ser internamente sentida por el sujeto, sino a lo sumo intelectualmente asumida, y ello tiene en general una fuerza mucho menor que la del sentimiento. En segundo lugar, porque incluso entre quienes pudieran sentirse obligados a seguir sus percepciones intelectuales firmemente creídas, la comprensión razonada de la perspectiva externa no aboca de ninguna manera al fatalismo; no extrae al sujeto del mundo causal convirtiéndolo en mero espectador pasivo, sino que le sigue concediendo un papel activo esencial. El único efecto que efectivamente podría producirse en caso de una sobreintelectualización del problema, es la relativización del yo como ente original. Pero, aunque la perspectiva externa pone de relieve que realmente no existe un yo originario no causado, tampoco este hecho debería tener gran trascendencia en la actitud del sujeto. Actuando racionalmente, cualquier persona debería asumir que, al menos en su manifestación más profunda, el yo no es algo añadido a él, sino que *es* él; es lo que le define como persona. Podemos lamentar la mala suerte que nos ha tocado en el reparto de dones o atributos que consideramos sustituibles sin que dejemos de ser quienes somos, pero es imposi-

(175) Como ha afirmado Ross, «son las fuerzas morales las que cementan la sociedad», *Colpa, responsabilità e pena* (como en nota 2), cit. p. 147.

ble cuestionar el yo profundo. De hecho, quien se manifiesta disconforme con su manera de ser está indicando que hay otra más profunda –precisamente desde la que surge el lamento– que a su vez no puede ser cuestionada. Creo que este dato es importante para abordar el último punto: la justificación de la responsabilidad subjetiva.

### 3.º Libertad y responsabilidad subjetiva

En la primera parte de este trabajo concluimos que hay dos criterios principales para justificar la responsabilidad jurídica desde la perspectiva de una justa distribución de cargas: el merecimiento y la equidad. El primero de ellos es el que se vincula a la responsabilidad subjetiva o culpabilidad, que a su vez se fundamenta generalmente en la libertad del sujeto actuante, entendida como capacidad de actuar de manera distinta. Y es esta libertad la que es puesta en entredicho por el reconocimiento de que también las acciones humanas quedan sometidas al principio causal. Las tres vías que se han seguido para dar respuesta a este problema no resultan satisfactorias por distintos motivos, que pueden ahora revisarse a la luz de la distinción realizada entre perspectiva externa e interna.

El problema de las teorías incompatibilistas, tanto las libertarias como las deterministas fuertes, es que dan excesiva importancia a la perspectiva externa, aunque lo hacen por razones opuestas. Las libertarias, porque creen que sólo si la imagen del mundo que arroja la perspectiva externa es falsa puede seguir manteniéndose un concepto de libertad como el que se necesita para la responsabilidad subjetiva, y ello les lleva a abandonar la perspectiva científica sustituyéndola por una no explicada causalidad originaria sin referente empírico conocido y ni siquiera imaginable. Las deterministas fuertes, porque simplemente desdeñan la perspectiva interna y se quedan sólo con el bloque de hierro. La imagen de la persona y de las relaciones interpersonales que ofrecen es, no sólo irreconocible para el pensamiento consciente, sino a la vez inadecuadamente restrictiva desde la propia perspectiva científica que supuestamente tratan de preservar. La perspectiva interna quedaría irremediablemente mutilada si se interpretara como una mera percepción errónea de la realidad, que debe ser combatida mediante la asunción racional de la perspectiva externa apoyada por la ciencia. Como he tratado de mostrar, se trata más bien de una consecuencia inevitable del pensamiento consciente autorreflexivo, que no pue-

de ser sustituida por una visión objetivo-externa que no es la del sujeto.

En cuanto a las teorías, abundantes en la teoría jurídica, que pretenden sustituir la libertad por una presunción normativa fuerte de libertad, o bien son contradictorias, o bien merecen la misma crítica que las libertarias. La única diferencia reseñable es que si éstas se mantienen, al menos formalmente, en el plano de la realidad, aunque luego postulen una imagen del mundo inconciliable con lo que nos dice la ciencia, las normativas, amparándose en la no por extendida menos extraña opinión de que si el legislador presume algo consigue traer al mundo sus efectos incluso en ausencia de la cosa, sustituyen la verificación empírica de una libertad que consideran esencial por su presunción al margen de si verdaderamente existe. Con ello, o bien postulan sin hacerlo expreso una visión del mundo como la de los libertarios, en la que la libertad contracausal de éstos se sustituye por una libertad generada normativamente, con lo que se hacen acreedores a sus mismas objeciones, o bien admiten, una vez más de forma tácita, que la libertad no es importante, incurriendo en contradicción con lo que proclaman.

Las teorías compatibilistas siguen una vía más adecuada. Al vincular la responsabilidad a la libertad de acción –a la libertad del sujeto para seguir su propias razones–, y no a la más amplia libertad de voluntad –a la libertad de elegir sus razones últimas–, se sitúan en la perspectiva interna. Su inconveniente principal es el contrario que las incompatibilistas: su olvido de las implicaciones que se derivan de la perspectiva externa, a lo que normalmente llegan ocultando su verdadero significado –afirmando incorrectamente que un mundo estrictamente determinado es compatible con la posibilidad de actuar de manera distinta–, y extendiendo en consecuencia el alcance de lo que permite justificar la perspectiva interna.

Creo que una solución equilibrada sólo puede alcanzarse teniendo en cuenta *ambas perspectivas*. Y ello requiere primeramente reconocer lo que hay de correcto en cada una de las posiciones encontradas: en particular, que la imagen de la realidad que ofrece la ciencia es incompatible con una libertad como la que quieren los libertarios, con la genuina capacidad de actuar de manera distinta; pero que a la vez la libertad restringida que se encuentra presente en la perspectiva interna, y que es compatible con la vigencia del principio causal, no permite una asignación de responsabilidad como la que permitiría aquélla.

Si la libertad se entiende como la genuina capacidad del agente de obrar de modo distinto a como lo hizo, de originar hechos sin antecedente causal, entonces tal libertad simplemente no existe. La extensión del principio causal a las acciones humanas muestra que las razones internas que se encuentran tras ellas no pueden surgir *ex nihilo* del propio agente, sino que encuentran su causa en antecedentes sobre los que el autor no tiene ningún control. De hecho, si no existieran procesos indeterministas azarosos como los que hoy postula la ciencia, la imagen del mundo que percibiría un hipotético espectador externo omnisciente, como el Ser de Laplace, sería la del bloque de hierro de James. La presencia de estos procesos altera el modelo externo, pero no en un sentido que pueda ayudar a encontrar un fundamento razonable a la libertad. Seguiríamos teniendo un mundo sometido en su mayor parte al principio causal, aunque a la vez abierto a posibles modificaciones como efecto de las relaciones de incertidumbre. En todo caso, la enorme regularidad causal que se percibe al observar el mundo desde la ciencia hace pensar que este factor tiene una importancia menor. Pero es que, además, tenga la que tenga desde la perspectiva física, no tiene ninguna como base de un posible apoyo a la libertad, que si resulta difícil de conciliar con el determinismo, es imposible con el azar. De las tesis libertarias sólo resulta correcta su afirmación de incompatibilismo entre la capacidad de actuar de modo distinto y el determinismo. Desde una perspectiva externa tienen toda la razón. Pero la alternativa que proponen no se basa en nada que sea científicamente verificable o siquiera imaginable, con lo que prácticamente el único apoyo de su tesis es que como no queremos prescindir de la libertad, la ciencia debe equivocarse. Ello las condena necesariamente al mundo de las afirmaciones metafísicas incontrastables.

Si, por el contrario, se restringen los requisitos de la libertad, situándola en el campo más limitado de la elección voluntaria –no sometida a razones externas– y consciente –autorreflexiva– de personas inmersas en el seno de un sistema causal que por evolución ha llegado a dicho grado de complejidad, entonces ello no sólo resulta compatible con la vigencia del principio causal, sino que requiere su existencia. Pero, a la vez, el alcance de los juicios de responsabilidad basados en una libertad restringida es también restringido. Con ello llegamos al corazón del problema de la responsabilidad.

La constante vinculación histórica entre imputación/responsabilidad y causa libre, o la insistencia de los autores libertarios, continuadores de aquella tradición, en detener la búsqueda de causas en

un autor original, responden a una misma preocupación: encontrar un *punto de corte* en los antecedentes causales del hecho que impida remontar su originación hasta el infinito, como parece inevitable en un sistema determinado. Ya vimos que incluso la propia idea de causalidad se ve amenazada por la de identidad, por el bloque de hierro. Sólo la percepción *temporal* de alguien inmerso en tal sistema hace brotar la idea de causalidad, que se convierte así en un fenómeno interno, ajeno la perspectiva de un espectador omnisciente. Pero el reconocimiento de la dimensión temporal no es suficiente para la responsabilidad. ¿Dónde y con qué criterios rompemos la cadena causal para imputar un hecho a uno de sus antecedentes y no a su vez a los que preceden causalmente a éste? La solución sería la causa libre, originaria, la genuina capacidad de actuar de manera distinta, pero tal cosa no existe. Si nos conformamos con menos, con una causa voluntaria, libre sólo en la forma restringida que hemos examinado, surge con toda su fuerza el argumento esgrimido insistentemente contra los compatibilistas, ¿por qué detenernos aquí?; ¿por qué no tomar en consideración que las razones del sujeto para actuar son a su vez el efecto de hechos anteriores ajenos a su control?; ¿qué es la libertad de acción sin libertad de elección?

La respuesta a estas cuestiones, que además permite dar un fundamento racional a la responsabilidad subjetiva preservando sus rasgos esenciales, se encuentra cuando las enfocamos desde la perspectiva interna, y más concretamente desde la idea de persona, desde el yo, que tiene allí su acomodo. Cuando actuamos, cuando sentimos, cuando hablamos, incluso cuando reflexionamos sobre el determinismo (y, por ello, sobre la perspectiva externa del mundo) lo hacemos necesariamente desde nuestra condición de personas, desde el yo. Aunque frente a ciertas características de nuestra personalidad (como podrían ser las físicas exteriores, pero también muchas psíquicas internas incluidas una buena parte de las razones para la acción que manejamos) podemos adoptar la actitud crítica del espectador externo, hay otras, que configuran la estructura básica de la personalidad, en las que esta visión es imposible. Podemos intelectualmente asumir que todas las razones internas que manejamos en la deliberación que precede a la acción son a su vez externamente causadas –esto es precisamente lo que hace quien acepta un planteamiento determinista–, pero algunas de esas razones no son meros añadidos a nuestra personalidad, *son nuestra personalidad*. Este dato resulta crucial.

Si tratamos de asuntos relativos a personas, y la responsabilidad se mueve desde luego en esta órbita, el punto de partida no puede ser otro que la persona. Ahora bien, la perspectiva externa, aun siendo cierta como visión del mundo, no es la de la persona. De hecho en ella se diluye la personalidad trasformándose en un segmento más de la cadena causal, tan determinado (o azarosamente indeterminado) como los demás segmentos en que podamos arbitrariamente dividirla. Para el yo consciente ese segmento no es uno más como cualquier otro, es él mismo, el punto de partida y de llegada de todo lo demás. Pero entonces todo aquello que emana del yo, todas sus razones más íntimas, no puede ser reinterpretado internamente como mero efecto causal de hechos anteriores sin que la propia personalidad desaparezca. En otros términos, el respeto a la personalidad, que es un elemento esencial de la responsabilidad moral, obliga a detener la indagación causal precisamente en el punto en el que quedaría cuestionada la propia personalidad.

Con ello hemos alcanzado un punto de corte de los antecedentes causales como el que estábamos buscando. Este punto no marca la originación del hecho en términos absolutos, ya que tal cosa no existe en un mundo causal, pero sí marca el punto de arranque del hecho como emanación de la personalidad, que es lo único que verdaderamente debe importarnos. Cuando consideramos a alguien subjetivamente responsable de un hecho consciente y voluntario que surge de su yo, estamos haciendo algo más que vincularlo causalmente con el hecho, estamos reafirmándole como persona. Al imputarle el hecho a él y no a antecedentes causales que se remontan más allá de él le *reconocemos su condición personal.* Cada acto de imputación es una pieza de construcción del edificio de la personalidad. Sean cuales sean los perjuicios que se asocien al hecho imputado, de ello el autor obtiene siempre el beneficio de la afirmación de su propio yo, lo que permite justificar una distribución inicialmente desequilibrada.

La idea expuesta, convenientemente desarrollada, puede ser fecunda para delimitar adecuadamente la responsabilidad subjetiva, y con ello la responsabilidad jurídica basada en el merecimiento, y ello sin necesidad de acudir a presunciones normativas. Al determinar si un sujeto singular puede ser considerado responsable de un hecho la cuestión a indagar no es si pudo actuar de manera distinta a como lo hizo, sino si el hecho es expresión (manifestación singular) de su personalidad y si él se lo representa de esa manera. En caso afirmativo, la respuesta frente al hecho ya no puede ser del

mismo tipo que la que empleamos frente a hechos naturales o a hechos humanos no responsables, en los que nos limitamos a realizar una valoración *objetiva* del hecho atendiendo a sus efectos beneficiosos o perjudiciales, sin que este tratamiento afecte a la personalidad del autor, que ve el hecho como algo en cierta forma ajeno a él. Frente al hecho responsable, emanado del yo del autor, la respuesta lo es a la vez a las características objetivas del hecho y *al propio autor*.

De este enfoque no pueden esperarse grandes cambios en la fijación de las causas que excluyen la responsabilidad, aunque seguramente sí una mejor fundamentación que permita además tratar adecuadamente los casos límite. En este punto, el desarrollo histórico de los ordenamientos jurídicos ha seguido patrones muy sensatos (176) y, en lo sustancial, no parece necesario cambiarlos. Pero el punto de vista sugerido, que enlaza con ideas de larga tradición en la filosofía moral y que han tenido influencia decisiva en el progresivo afianzamiento del principio de culpabilidad, debe servir para mantener esta línea, refinando la aplicación práctica del principio y protegiéndolo frente a los cíclicos ataques que sufre (177).

Ahora bien, la solución propuesta al problema de la responsabilidad subjetiva no se agota en la conexión del hecho con el yo del autor, en la perspectiva interna. También las teorías basadas en la

(176) Repárese, por ejemplo, en que para apoyar una eventual circunstancia de inimputabilidad en el lenguaje ordinario no se apela a argumentos como «no pudo actuar de manera distinta a como lo hizo», sino a otros –que se mueven en la línea del criterio sugerido de desconexión del hecho y la personalidad del autor–, como «no era él»; «estaba fuera de sí»; «estaba enajenado», etc.

(177) Un ejemplo discutido, tomado del Derecho penal, puede ser ilustrativo: el tratamiento de la denominada imprudencia inconsciente. Mayoritariamente se admite en la doctrina penal que el hecho imprudente inconsciente da lugar a responsabilidad. De hecho, las dificultades para abarcar la imprudencia inconsciente fueron uno de los argumentos de peso para el abandono por la doctrina de la concepción psicológica de la culpabilidad en favor de la normativa. Sin embargo, en este caso no hay posibilidad de genuina imputación porque falta un elemento central de la responsabilidad subjetiva: el hecho no procede de la personalidad del autor sino que para él se presenta como un acontecimiento fortuito. Un consecuente desarrollo del principio de culpabilidad debería llevar a excluir de la responsabilidad penal todas aquellas imprudencias que sean inconscientes en sentido estricto, esto es, que no puedan ser remitidas a un momento consciente previo. Más detalladamente sobre esta cuestión, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (como en nota 5), pp. 724 ss.

capacidad de actuar de modo distinto apelaban a este mismo dato (aunque no lo interpretaran de la misma manera). Quizás el aspecto más destacado de la propuesta sea la consideración de que, si bien la perspectiva interna es el marco básico para una teoría de la responsabilidad personal, no es el único marco. El reconocimiento de que no hay un yo originador en el sentido estricto del término no puede ser pasado por alto cuando se trata de una justa distribución. Porque si bien es cierto que al fijar el corte causal en la acción imputable a la persona la reconocemos como tal, a la vez hemos de aceptar que las razones profundas que configuran el yo no proceden (no pueden proceder) del propio yo, sino de antecedentes que le son ajenos (178). La suerte se convierte así en un factor decisivo en la conformación de la personalidad, y somos conscientes de ello porque intelectualmente podemos situarnos en la perspectiva externa. Por lo ya apuntado, no parece posible *sentir* plenamente las ataduras causales de nuestro yo, pero sí reconocerlas intelectualmente como una consecuencia más de la estructura general de la realidad descrita por la ciencia. Ante este hecho, la actitud no puede ser olvidarnos de la perspectiva interna, porque ello diluiría la persona en el mundo de los eventos, pero tampoco olvidarse de la externa, sino más bien tratar de encontrar un punto de equilibrio entre ambas, lo que a la vez puede servir para reconciliar dos visiones históricas antagónicas sobre el significado del determinismo para nuestras vidas, la que lo ve como una amenaza que debe ser conjurada y la que destaca sus efectos positivos. Creo que en ambas se encuentra una parte de la razón, que sólo puede obtenerse completa combinándolas.

La visión más habitual asociada al determinismo es que supone una amenaza para nuestra condición de personas, de seres conscientes y responsables de nuestros actos. De aquí surge la denominada pesadilla del determinista. También es frecuente considerar que la creencia en el determinismo favorece, cuando no aboca necesariamente, al fatalismo, una actitud vital con merecida mala fama. Como hemos tenido ocasión de ver, las posiciones libertarias muchas veces no presentan otro punto de apoyo que el rechazo visceral a aceptar que las cosas son así. Pero no todo el mundo ve el determinismo como una amenaza. Son cada vez más quienes creen

(178) Como ha afirmado VON WRIGHT, no tiene sentido preguntar si depende del agente tener las razones que tiene, las razones son «hechos sobre el hombre» pero «no son sus hechos» –«Of Human Freedom» (como en nota 54), pp. 13 y s–.

que aceptar la sumisión del hombre al principio causal no sólo no nos arroja en brazos del fatalismo, sino que nos hace a la vez más humanos en el trato con nuestros semejantes y menos soberbios en las relaciones con el resto de la naturaleza.

Creo que estas dos maneras contrapuestas de ver el determinismo tienen parte de razón. El determinismo es una amenaza si la creencia en él nos arrastra a minusvalorar nuestra capacidad de acción, cayendo en una apatía fatalista, pero no creo que esto sea un verdadero riesgo. Hay muchos pensadores que se han resignado hace tiempo a aceptar la determinación de sus actos, sin que ello haya afectado a su energía vital. La razón es evidente: el determinismo es compatible con cualquier grado de iniciativa. Si se cree en el fatalismo, se actuará de manera fatalista; si se cree en la iniciativa individual, el saber que esa creencia procede de los genes, el ambiente o cualquier combinación de ambos no alterará en un ápice las ganas de hacer cosas. El determinismo es *neutro* en sus implicaciones porque *siempre da la razón a cualquier cosa que haga el agente*. El fatalista dirá que él tenía razón y será cierto, pero a la vez no se dará cuenta de que es precisamente su creencia en el fatalismo lo que hace a éste verdadero. Teóricamente, sin embargo, debería percatarse de este hecho al contemplar la actividad de quienes tienen iniciativa; tan determinados como él y a la vez tan activos. También a ellos les da la razón el determinismo.

Más peligrosa, por más real, me parece la tendencia a interpretar el determinismo de una manera excesivamente reduccionista, como si su aceptación implicara la necesidad de prescindir de la responsabilidad personal, y en general de la moralidad, y sustituirla por actitudes objetivas que no entrañen reproche o alabanza alguna. Ciertamente no es fácil que esta actitud pueda cuajar de manera generalizada, como acertadamente han destacado Strawson desde la filosofía moral y Schünemann desde el Derecho penal, pero sí podría favorecer respuestas parciales en esta línea, y buena prueba de ello son algunas de las propuestas de eliminar la culpabilidad sustituyéndola por la peligrosidad del autor. Frente a ello, la propuesta que aquí se hace conjura este peligro apelando a la perspectiva interna del sujeto consciente, en la que la responsabilidad subjetiva es parte inseparable del proceso de afirmación de la identidad personal.

Pero quienes destacan las ventajas de aceptar nuestra sumisión al principio causal también tienen razón. La creencia en una libertad originaria establece una barrera en torno a nuestra especie; entraña la

aceptación de una «especial y desconcertante separación del mundo natural» que favorece nuestra arrogancia (179). La aceptación de que también en esto somos parte de la naturaleza puede provocar un efecto beneficioso en nuestras relaciones con otros seres vivos, como sin duda provocó la teoría darwinista de la evolución.

Más importantes son las ventajas que podría tener en las relaciones interpersonales. El concepto de responsabilidad hoy dominante, al menos en Occidente, se basa en una imagen maniquea del hombre, precisamente la imagen propia de quienes hipertrofian la perspectiva interna y se olvidan de la externa. Se fija la atención en la acción libre que emana de la persona pero se oculta la determinación causal del yo, afirmando un falso libre albedrío para ser como se es; y ello es injusto. La imagen libertaria, que está en la base de esta forma de ver la responsabilidad, es la de un ser incontaminado al que se sitúa en el mundo sin condicionamientos previos, sin razones externas a él mismo, y que puede libérrimamente elegir entre el bien y el mal, y en esta situación habría quien decide escribir la *Crítica de la razón pura* y quien opta por degradarse cometiendo atroces delitos. Ni la ciencia ni el sentido común permiten conclusiones de este tipo. Frente a ello, entre los autores deterministas ha habido siempre una elogiable corriente que ha interpretado la aceptación del determinismo no como una vía franca a la degradación moral de la persona, sino como una llamada de atención sobre la escasa equidad en el reparto natural o social de ciertos dones y sobre la necesidad de una visión tolerante, humana, de los demás.

Recuperar para el concepto de responsabilidad lo bueno de esta visión me parece esencial y se consigue introduciendo en el debate la perspectiva externa. Desde un punto de vista práctico ello debería provocar la *atenuación* del juicio de reproche que se formula al autor por sus actos. No se trata ya de un reproche absoluto como el que correspondería al autor originario, sino de algo más matizado en el que se pone de manifiesto la incorrección del acto, su carácter intolerable para la vida social y a la vez el reproche al autor porque el acto emana de su persona. Y puede hacerse el reproche en términos duros, acordes a la gravedad del hecho y a la culpabilidad, pero sin un reproche añadido por ser como se es, lo que debería permitir una más fácil aceptación por el autor de razones que hasta ahora no pesaban en su decisión. Por otra parte, el reconocimiento

(179) WEATHERFORD, *The Implications of Determinism* (como en nota 73), cit. p. 225, también p. 239.

de que la comisión de delitos suele ir asociada a situaciones de infortunio en el desarrollo vital del autor –falta de medios, de afecto, de educación–, debería también orientar la aplicación del castigo, insistiendo siempre en la idea de resocialización, facilitando al condenado con generosidad los medios que puedan servir para un replanteamiento de aquellos aspectos de su personalidad incompatibles con una pacífica convivencia. En este punto los criterios de equidad, de compensación del infortunio en la responsabilidad jurídica deben actuar también como elemento limitador de la idea de merecimiento.

Con ello llegamos al final del trabajo. Comenzaba analizando el concepto de responsabilidad, y el desarrollo de aquella idea nos ha llevado lejos. La finalidad inicial de la investigación era determinar qué criterios permiten justificar la responsabilidad jurídica, la imposición reglada de consecuencias gravosas, lo que trajo consigo la necesidad de analizar en la segunda parte el principal de estos criterios: la comisión subjetivamente responsable del hecho que origina la responsabilidad jurídica, adentrándonos así en una de las más clásicas polémicas de la filosofía moral y del Derecho.

Uno de los trabajos citados comienza con una confesión de escepticismo del autor acerca de la posibilidad de decir algo significativamente novedoso en este tema (180). Desde entonces han pasado bastantes años, y siguen publicándose sin interrupción artículos y monografías que lo abordan desde cualquiera de sus múltiples dimensiones, lo que es un indicio a la vez del interés que despierta y del escaso acuerdo obtenido en su resolución. Ello hace pensar que más que algo nuevo, lo difícil aquí es decir algo que pueda resultar convincente a todo el mundo, seguramente porque están en juego demasiadas cosas. Podría pensarse que el progresivo avance de la ciencia nos dará algún día, quizás no muy lejano, una respuesta a algunas de las cuestiones planteadas, pero hasta eso resulta dudoso. Entran aquí en colisión dos perspectivas muy diferentes y en cierta forma antitéticas de enfocar el problema: la perspectiva interna de quien conscientemente actúa en el mundo, y la externa de quien se examina a sí mismo y a los demás como parte de una realidad científicamente explicable. Mi intención ha sido mostrar que si hay alguna solución al problema, debe venir de la aceptación de ambas perspectivas.

---

(180) CHISHOLM, «Human Freedom an the Self» (como en nota 32), p. 24.

# LECTURAS OBLIGATORIAS

## UNIDAD I: DAÑO

**1) LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Leysser L. León.**

**Leysser L. León**

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL

## LÍNEAS FUNDAMENTALES Y NUEVAS PERSPECTIVAS

2ª. ed. corregida y aumentada

Prólogo de

**Luigi Corsaro**

Profesor de Derecho Privado
Università degli Studi di Perugia

El Jurista Editores

Lima, 2007

2ª. edición: noviembre 2006
Derechos reservados: El Jurista Editores.
© Leysser Luggi León Hilario

PARTE TERCERA

# EL DAÑO RESARCIBLE

## CAPÍTULO III

# FUNCIONALIDAD DEL "DAÑO MORAL" E INUTILIDAD DEL "DAÑO A LA PERSONA" EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

**CONTENIDO**: 1. Propósito y justificación.- 2. Premisa sobre la redacción de estudios jurídicos en el Perú.- 3. Daño moral y daño a la persona: primer deslinde.- 4. El sistema francés y su influencia en la normativa peruana: daño material e inmaterial (moral).- 5. Autonomía del sistema alemán: daño patrimonial y no patrimonial.- 6. La evolución en el sistema italiano: historia oficial del daño a la persona.- 7. El problema en el Código Civil peruano: la informalidad legislativa y sus consecuencias.- 8. Alternativas de interpretación según la regulación vigente.- 9. Cómo no hacer las leyes civiles: el Proyecto de Código Civil argentino de la Comisión Alterini.- 10. A manera de conclusión.

## 1. PROPÓSITO Y JUSTIFICACIÓN.

En dos de mis últimos trabajos[1] he dedicado amplios espacios al estudio del tema de la distinción entre el daño moral y el daño a la persona, de inevitable evaluación en todo estudio general sobre la responsabilidad civil que tenga como base la normativa de nuestra codificación de 1984.

Desde cierto punto de vista, mis investigaciones anteriores han servido de anuncio a la tesis que trataré de sustentar exhaustivamente en las páginas que siguen: la absoluta inutilidad del "daño a la persona" en el Código Civil peruano.

Confieso que estaba lejos de vislumbrar semejante conclusión.

En primer lugar, mis investigaciones anteriores fueron efectuadas en Italia, con las naturales limitaciones bibliográficas que impedían un pronunciamiento informado sobre el estado de la cuestión en el Perú.

En segundo lugar, y recodando algo a lo que me he referido precedentemente[2], que me servirá de apoyo para la defensa de mi tesis, gran parte de la abundante y valiosa literatura

---

1 LEÓN, Leysser L., "*Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento*", en "Revista peruana de jurisprudencia", año 4, núm. 18, Trujillo, 2002, págs. I y sgtes.; ID., "*Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (mobbing)*", en "Proceso & Justicia", núm. 3, 2002, págs. 167 y sgtes. Ambos estudios forman parte del presente volumen: véase *retro*, parte tercera, capítulo II; e *infra*, parte cuarta, capítulo II.

2 LEÓN, Leysser L., "*Consideraciones sobre los daños por homicidio*", cit., págs. XXX y sgtes.; ID., "*Cómo leer una sentencia*", cit., pág. 182.

jurídica italiana sobre el daño moral y el daño a la persona podría carecer de todo provecho en el análisis de dos figuras demasiado ligadas al espacio y al tiempo en que se originaron, a los cuales el ordenamiento peruano –y hay que tener honestidad intelectual para reconocer que es así– es ajeno.

Pero ahora escribo con los materiales necesarios a mi disposición, y con el estímulo de las máximas jurisprudenciales citadas: un conjunto de *obiter dicta* contenidos en sentencias de la Corte Suprema que sirven de legítimo punto de partida para las reflexiones que expondré seguidamente[3].

---

3 Las máximas judiciales a las que me refiero, tomadas del volumen de la ASOCIACIÓN "NO HAY DERECHO", *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Ediciones Legales, Lima, 2002, págs. 594-595, son las siguientes:

CAS. N.° 949-95: "El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente, y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador.

CAS. N.° 1070-95: "Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual".

CAS. N.° 1125-95: "La impugnada emite una errada apreciación conceptual del daño moral al señalar que este, no teniendo contenido patrimonial, no puede ser expresado en términos económicos, toda vez que el daño material no ha sido probado; por lo que, de esta manera, se desconoce la autonomía del daño moral como auténtico instrumento reparador del perjuicio ocasionado en la víctima cuando dicho daño efectivamente se ha irrogado".

CAS. N.° 31-96: "Si bien es cierto que en doctrina se discute la reparación económica del daño extrapatrimonial, aparece del texto de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil vigente que el legislador optó por dicha solución, decisión a la que debe atenerse el Juzgador conforme a los artículos Sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Sétimo del Título Preliminar del Código Civil".

CAS. N.° 231-98: "El daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta a los derechos de la persona, el cual puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia. Para interponer demanda sobre indemnización de daño moral, la norma procesal no exige vía previa".

CAS. N.° 399-99: "Todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo padece, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente a sueldo y medio por un año de servicio, con un tope máximo de remuneraciones. Este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional como aquel que cubre la totalidad de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que se consigan directamente o indirectamente por la resolución del contrato.

Otro sector de la doctrina opina que la indemnización tarifaria sólo involucra el aspecto laboral, mas no el civil.

Las legislaciones modernas acogen restringidamente el daño moral por las dificultades que este presenta, como la de determinar el *quantum* de la reparación".

Se pueden sumar dos sentencias de primera instancia, exhaustivamente analizadas por Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, 1ª. ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002, en materia de daño moral por despido injustificado (16º. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, 17 de diciembre de 1997), y de

Sólo en una de tales máximas (CAS. N.° 399-99) se menciona el daño a la persona, en clara sinonimia con la expresión "daño extrapatrimonial".

Hasta hace muy poco, era raro encontrar textos de resoluciones judiciales citados en estudios de derecho civil peruano. La consulta de sentencias completa jamás ha sido fácil entre nosotros (porque solían ser inaccesibles), y cuando se dispone de ellas, están tan pobremente redactadas que se marginan a sí mismas de la reflexión emprendida por los juristas. Este es uno de los clásicos defectos de nuestra doctrina. No hay muchas páginas –en algunos casos, ni una sola– de los tratados y comentarios de Ángel Gustavo Cornejo, Eleodoro Romero Romaña, Jorge Eugenio Castañeda y José León Barandiarán en las cuales se rinda cuenta de fallos referidos a las instituciones por ellos analizadas.

Es más, en la actualidad circula un original libro en el cual no sólo se prescinde de las sentencias, sino también, casi en la integridad de sus páginas, de las elementales referencias bibliográficas.

Francesco Carnelutti (1879-1965) escribió que la consulta de textos jurídicos extranjeros podía ser útil, sobre todo, porque permitía a los lectores de un determinado sistema conocer la forma de trabajar de otros juristas, y porque ello, de suyo, encerraba un valioso magisterio[4].

Creo que esta autorizada línea de pensamiento sirve de base para afirmar que, por muchos años, el único libro peruano a destacar en materia de actos ilícitos, en atención a la plenitud de su diseño, fue *La responsabilidad extracontractual* (1987), de Fernando de Trazegnies Granda, en el que se echa de ver, sin problemas, la influencia del método de organización (mas no necesariamente de la metodología de estudio)[5] de los autores franceses, es especial, de René Savatier y de Boris Starck.

Era natural que el profesor De Trazegnies advirtiera que la integridad de su investigación peligraba si prescindía de las fundamentales referencias jurisprudenciales. Este diligente y encomiable convencimiento, sumado a una redacción impecable, han hecho que la obra gane la estima de uno de los más prestigiosos civilistas españoles, y ejemplo de magistrados, don Jaime Santos Briz, quien la cita en su tratado de responsabilidad civil[6].

En la introducción a su reciente libro *Derecho de la responsabilidad civil*, Juan Espinoza Espinoza señala que opta por la alternativa de "analizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (en tanto ello sea posible) a partir de la propia experiencia nacional"[7]. La obra destaca por la permanente cita de jurisprudencia civil y administrativa –que es el recurso

---

responsabilidad del fabricante de productos farmacéuticos (16º. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, del 20 de julio de 1998). En la primera, aun cuando desvirtuada en la instancia superior, se lee: "corresponde indemnizar a la accionante porque ha sufrido un daño moral al habérsele despedido injustificadamente y porque su reposición declarada judicialmente se determinó luego de seis años; habiéndole este hecho producido un daño afectivo y sentimental". En la segunda, se precisa que el daño moral ocasionado se limita "al sufrimiento de la persona en el padecimiento de los efectos que produjo la ingesta mencionada".

4 CARNELUTTI, Francesco, "*Dell'utilità delle opere giuridiche italiane per i lettori stranieri*", en "Rivista internazionale di filosofia del diritto", año XXI, serie II, fasc. IV, 1941, pág. 307.

5 Por "metodología de estudio" me refiero al modo de ver y entender el derecho, que es más bien pluralista en todas las obras del profesor DE TRAZEGNIES GRANDA.

6 SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7ª. ed., vol. 1, Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 9, nota (1), y 20, nota (16), por ejemplo.

7 ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 13.

que más echan de menos los autores locales que han tenido la oportunidad de realizar estudios en el extranjero–, y es justo considerarla como una importante contribución al progreso de los estudios de derecho civil en nuestro medio.

Por mi parte, y como premisa metodológica, me permitiré expresar algunas breves sugerencias sobre cómo escribir sobre el derecho en nuestro país.

## 2. PREMISA SOBRE LA REDACCIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS EN EL PERÚ.

Pensemos en la jornada habitual de un estudioso peruano del derecho –catedrático, investigador, estudiante, sin distinción–, que decide escribir sobre cierta figura, participar en alguna polémica, anotar una sentencia o redactar un comentario sobre un nuevo libro.

Aun si nos circunscribiéramos al campo del derecho civil, es sencillo advertir la muy antigua costumbre de citar el pensamiento de juristas foráneos para reforzar (cuando no para importar) una opinión. Ello no debe generar extrañeza; así escribían, entre nosotros, Manuel Lorenzo de Vidaurre, Toribio Pacheco, José de la Riva-Agüero y Osma, y Manuel Augusto Olaechea.

A mí me ha tocado comprobar la distinta forma de proceder de los investigadores europeos.

Los juristas franceses, por ejemplo, se caracterizan por la autosuficiencia absoluta; no existen traducciones al francés de obras de derecho escritas en otros idiomas (creo que una rara excepción, para nada reciente, fue la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen), y los textos mismos destacan por su prescindencia de las fuentes foráneas.

Recuerdo, de todas formas, que a inicios del siglo XX se contaban dos estudiosos de excepción: Raymond Saleilles y René Demogue. Pero el primero era un comparatista, uno de los más grandes de la historia, y el segundo, una *rara avis*, que prácticamente dialogaba en sus escritos con los colegas italianos y alemanes, sin inconvenientes.

La redacción "a la francesa", es decir, con autosuficiencia, identifica desde hace mucho tiempo a los autores argentinos, y en los últimos años a los colombianos.

En el primer caso, la patología no nos interesa, siempre que ella no pierda su carácter local y nos contamine, porque hay que tener en cuenta que ha tenido la costumbre de venir de la mano con la tergiversación de las obras extranjeras que circulaban, con envidiable facilidad, en las Universidades argentinas.

En el segundo caso, hasta se puede postular la existencia, en Colombia, de un sector francófilo (pienso en casi todos los estudios dedicados a la responsabilidad civil y al derecho de obligaciones) y de un sector italianista (en materia de fundamentos del derecho civil, en especial, del derecho de contratos).

Los juristas alemanes fueron autosuficientes. No es exagerado sostener que se les debe la refundación del derecho romano, para pesar, y envidia, de sus colegas italianos[8]. Hoy, sin

---

8 Tengo a la vista la versión italiana de la 5ª. ed. (1857) del *Cursus der Institutionen* de Georg Friedrich PUCHTA (1798-1846), a cargo de A. RUDORFF, traducida al cuidado de Carlo POLI, *Corso delle Istituzioni presso il popolo romano*, vol. I, Stabilimenti Civelli Giuseppe, Milán y Verona, 1858. En la *Avvertenza* que precede la obra, se reproduce el siguiente fragmento de la "Gazzetta dei Tribunali", Milán, edición del 6 de febrero de 1858: "Sería deseable que la finiquitación de la obra de PUCHTA fuera ejecutada por italianos; sería, ciertamente,

embargo, los caracteriza una parcial e inaudita dependencia: nada de bibliografía francesa, italiana ni española, sino una alarmante apertura frente a la doctrina (¡y filosofía!) estadounidense.

Werner Flume (nacido en 1908), en su tratado dedicado a la teoría general del negocio jurídico puede representar una excepción, pues manifiesta gran consideración por las obras de Emilio Betti y Renato Scognamiglio.

Los italianos leen y citan sin problemas a los alemanes, franceses y, recientemente, a los iusfilósofos españoles y argentinos. Es de resaltar la difusión de los estudios de Gregorio Peces Barba, Luis Alchourrón, Eugenio Bulygin y, principalmente, Carlos Nino, cuya *Introducción al análisis del derecho* ha sido adoptada como lectura obligatoria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova, debido a la iniciativa de Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni.

Los españoles toman todo lo suministrado por los demás ordenamientos, y son los menos originales; traducen del italiano, del inglés, del francés y del alemán, y escriben sobre todo lo novedoso de otros ambientes.

Los portugueses, en fin, prefieren la doctrina italiana a la española, e ignoran la francesa. En Brasil, empero, existe una fuerte presencia del pensamiento jurídico alemán, además del italiano, que es consultado en su idioma original.

Dependiendo de su mayor o menor fortuna, el estudioso peruano, común y corriente, dispondrá de tales fuentes.

Carnelutti denunciaba que muchos consideraban el estudio del derecho extranjero como un "lujo de la cultura"[9].

Aunque el célebre autor refutaba dicha suposición –y era natural que lo hiciese, si se tiene en cuenta que era, acaso, el más traducido de los autores italianos–, yo juzgo que aquel desmentido dictamen es verdadero.

En mi época de estudiante universitario, leía frecuentemente a los civilistas argentinos; sus libros eran accesibles (mucho más que los españoles), admiraba su prosa, y los escuchaba con atención en los congresos limeños donde participaban como ponentes.

Ahora creo que la utilidad de todos esos textos, sin excepción, se limita a la información que nos pueden brindar sobre otros sistemas (especialmente, sobre el sistema francés).

Después pasé a consultar obras italianas; al inicio, en versiones castellanas, cuya pauta eran las notas de concordancia o adaptación al derecho civil español, que entorpecían la lectura (por su dimensión, que a veces hacía triplicar el número de páginas del texto traducido, y sobre todo, por su absoluta extrañeza al ordenamiento jurídico peruano); posteriormente, en lengua original.

A través de estas últimas lecturas puede conocer mejor los sistemas alemán y francés. Las traducciones al italiano, por otro lado, se identifican por contener notas útiles, aclaradoras de términos de difícil adaptación, y referencias de índole contextual sobre los textos traducidos.

---

un trabajo digno de Italia, para la cual es hasta doloroso ver prácticamente convertido en extranjero aquel derecho romano que fue, por lo demás, trabajo de su civilización, y fruto, por decirlo así, de su territorio".

9 CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 305.

Sin perjuicio de todas las premisas anteriores, creo que no es una desventaja contar únicamente con fuentes sudamericanas, escritas en nuestro propio idioma. Siempre que exista conciencia sobre el limitado aporte de aquéllas, el intérprete autóctono tiene plena libertad para crear y cubrir los eventuales vacíos con su sentido común, con sus propias contribuciones[10].

En oposición, considero que la única manera legítima de escribir sobre el derecho en el Perú, cuando se tiene a la mano, excepcionalmente, fuentes escritas en idiomas extranjeros, o de difícil acceso en nuestro medio, consiste en reproducir los enunciados que sustentan nuestras reflexiones, debidamente traducidos, de ser el caso[11].

No cabe duda de que con ello se afea la redacción, la cual corre el riesgo de concretizarse en una recopilación de porciones de textos, unidas por meras conjunciones[12].

No faltan, desde luego, ejemplos de esta deformidad entre nosotros, pero aquí no viene al caso recordarlos ni deben desalentarnos, con la pésima imagen que brindan del trabajo científico. En todo caso, pueden servirnos de modelos sobre cómo no se debe proceder.

Lo realmente importante es tener el cuidado de reproducir lo que sea provechoso de nuestras lecturas extranjeras, con la satisfacción de poder contribuir al conocimiento de ellas por parte de los lectores.

Con ello pierden sentido, igualmente, algunos recursos técnicos de la redacción de textos científicos en general. Son clásicas, por ejemplo, las abreviaturas "v." (véase) y "cfr." (confróntese). Pues bien, estimo que ambas deberían ser evitadas por el estudioso peruano que dispone de bibliografía privilegiada. Yo no puedo dejar constancia de la opinión de un autor extranjero y sugerir a los lectores de mi país, con egoísmo consciente o inconsciente, que "vean" o "confronten" textos que, las más de las veces, no tienen a su disposición. Esto, como nos previene Alfredo Bullard González[13], es puro afán de erudición, dirigido en gran parte a empapelar e impresionar sobre la base de la forma y la apariencia, y que puede "convertir al derecho en una suerte de esquema de reglas más formales que sustantivas, donde las estrategias priman sobre los fundamentos".

---

10 Diferenciando las tesis de licenciatura (o "tesis de grado"), Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, *Prólogo* a J. P. CALLE, *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*, ARA Editores, Lima, 2002, pág. 23, identifica certeramente un tipo de investigación caracterizado por su especificidad: "Se centraron en un tema, casi en una pregunta a responder. Y suele ser a esta categoría que pertenecen las [tesis] creativas. Si les falta creatividad, se convierten casi en un «panfleto». No aspiran a ver ni a hacer una recopilación del íntegro de lo dicho sobre el tema. Buscan reflejar lo que piensa el autor. Tienen citas e información, pero sobre todo tienen ideas propias. Las mejores encontraron un buen tema, y una idea original que desarrollar, y una respuesta nueva, uno termina de leerlas y siente un «¿cómo no se me ocurrió antes?»".

11 Un excelente modelo de redacción, si se quiere, es la obra de Julio COTLER, *Clases, Estado y Nación en el Perú*, 5ª. ed., IEP, Lima, 1988.

12 En Italia existen colecciones de libros especialmente dirigidos a abogados, en los cuales se reúnen porciones de textos, muchos de los cuales solamente pueden consultarse, por su antigüedad, en bibliotecas universitarias. *Il diritto privato oggi* y la *Enciclopedia* (ambas de la Cedam, de Padua) dirigidas por el profesor de la Universidad de Trieste, Paolo CENDON, son ejemplos al respecto. Lo mismo se puede afirmar, en el terreno de los estudios jurisprudenciales, de la serie *I grandi orientamenti della giurisprudenza*, dirigida por Francesco GALGANO (también para la Cedam).

Debido a su propia naturaleza, libros como los citados no son considerados en los concursos de cátedra.

13 BULLARD GONZÁLEZ, "*Qué es el análisis económico del derecho?*", en "Scribas-Revista de Derecho", año II, núm. 3, Arequipa, 1998, pág. 172.

A continuación, tendremos oportunidad de ver cómo uno de los pies de barro de la categoría "daño a la persona" es, precisamente, la carencia de información sobre el contexto en el que se generó; un defecto atribuible, y reprochable, a quienes la importaron de Italia.

## 3. DAÑO MORAL Y DAÑO A LA PERSONA: PRIMER DESLINDE.

El *daño moral* es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil.

En palabras de Renato Scognamiglio, "deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso"[14].

En un reciente caso resuelto por el Tribunale de Roma (sentencia del 20 de mayo del 2002), a fin de justificar la consideración del daño por luto al fijar la indemnización, el juez recuerda una famosa sentencia de Miguel de Unamuno, según la cual, lo que distingue al ser humano de los demás animales es que vela a sus muertos: "el sentimiento de desconsolada postración que surge de la pérdida de un ser querido es en tal medida fisiológico y connatural a la esencia humana, que el mito y el arte han forjado ejemplos inolvidables de ello: los mitos de Antígona, de Cástor y Pólux, de Orfeo y Eurídice, de Admeto y Alcestes; el *Lamento* de Jacopone da Todi, la *Pietà* de Miguel Ángel, la *Mamma Roma* de Pier Paolo Pasolini"[15].

El *daño a la persona* es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil.

De modo más restringido, el daño a la persona sería "la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica"[16].

Desde esta última perspectiva, la figura se identificaría con el daño a la salud[17]. En definitiva, sin embargo, su ámbito terminaría dependiendo de la concepción de "persona" y de "personalidad" por la que opte el intérprete.

---

14 SCOGNAMIGLIO, Renato, voz "*Danno morale*", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Utet, Turín, 1960, pág. 147.

15 El texto de la sentencia se reproduce en "Danno e responsabilità", 2002, págs. 856 y sgtes. En este mismo número de la revista "Danno e responsabilità", Pier Giuseppe MONATERI, "*Il brontosauro alla resa dei conti? «I Will Survive»*", págs. 862 y sgtes., ha criticado el estilo del redactor del fallo, y de los jueces italianos en general, en atención a que demuestra una "ambición de comportarse como docentes en las sentencias".

Sobre las implicancias de este modo de proceder de los jueces en la práctica de la llamada "jurisprudencia literaria", remito a mi estudio "*Derecho y literatura. La cultura de los juristas y la llamada «jurisprudencia literaria»*", en "Revista peruana de jurisprudencia", año VI, núm. 35, Trujillo, enero de 2004, págs. 81 y sgtes.

16 PORTIGLIATTI-BARBOS, Mario, voz "*Danno alla persona*", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Utet, Turín, 1960, pág. 150.

17 DE GIORGI, Maria Vita, voz "*Danno* III) *Danno alla persona*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1994, pág. 1 (de la separata): "con la expresión «daño a la persona» se hace referencia a las situaciones en las que un sujeto sufre una lesión a su integridad psicofísica".

En el ejemplo clásico que se propone para explicar esta figura, si alguien destruye un retrato que es considerado de gran valor por su propietario, además de las consecuencias económicas, que podrían ser ínfimas o nulas (porque ¿cuánto, al fin y al cabo, puede valer una pintura o fotografía vieja, que no porte la firma o imagen de algún notable?), se generará una reacción negativa, un sufrimiento, en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado. Este es el daño moral, en principio inestimable, pero que el juez debe cuantificar, en una operación ponderativa bastante delicada, pero, a pesar de todo, unánimemente legitimada, con o sin limitaciones, en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo.

El daño a la persona es mucho más sencillo de entender. Es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad. Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la venta de un edificio cerca del cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos en que deberá incurrir: se ha infringido su integridad física (bien protegido según el artículo 2, 1er. párrafo, de la Constitución); un comerciante individual o una empresa son insultados públicamente, y quedan legitimados, por ende, a ser indemnizados por lesión a su reputación (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad.

Este segundo tipo de daño no tendría por qué generar problemas de comprensión. Si la responsabilidad civil, como unánimemente se admite, protege las situaciones jurídicas subjetivas[18], es natural que se pueda reclamar una indemnización en caso de lesión a éstas. Más difícil de acreditar es el primero, porque los sentimientos no pueden ser examinados externamente, y porque no es fácil asignar un precio al dolor.

Esta distinción es común en nuestro medio[19], pero urge de precisiones.

---

18 CORSARO, Luigi, "*«Neminem laedere» y derecho a la integridad*", trad. del italiano por Leysser L. LEÓN, en "Proceso & Justicia", núm. 3, Lima, 2002, pág. 151.

19 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", en *Libro homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, págs. 211 y sgtes.; ID., "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984 y en el Código Civil italiano de 1942*", en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, pág. 252; ID., *Protección jurídica de la persona*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992, págs. 168 y sgtes.; ID., "*Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*", en *Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, 24, 25 y 26 de noviembre de 1993, Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, págs. 23 y sgtes.; ID., "*Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 34, Lima, 1996, págs. 177 y sgtes.; ID., "*El daño al proyecto de vida*", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú", núm. 50, Lima, 1996, págs. 57 y sgtes.; ID., "*Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana actual*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 38, Lima, 1998, págs. 179 y sgtes.; ID., "*Daño moral y daño al proyecto de vida*", en "Cathedra", año V, núm. 8, Lima, 2001, págs. 7 y sgtes.; ID., "*El «proyecto de vida» y los derechos fundamentales en el Anteproyecto constitucional*", en "Revista jurídica del Perú", año LII, núm. 35, Trujillo, 2002, págs. 59 y sgtes.; ID., "*Nuevas reflexiones sobre el «daño al proyecto de vida»*", en "Revista jurídica del Perú", año LII, núm. 38, Trujillo, 2002, págs. 159 y sgtes.; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "*De la responsabilidad no derivada de acto jurídico*", en *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*, t. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, págs. 413 y sgtes.; ID., *La responsabilidad extracontractual* (1988), reimpresión, t. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, págs. 107 y sgtes.; CARDENAS QUIRÓS, Carlos, "*Apuntes sobre el denominado daño a la persona*", en ID., *Estudios de derecho privado*, I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pág. 113; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2001, págs. 57 y sgtes.; ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, 3ª. ed., Huallaga Ed., Lima, 2001, págs. 269 y sgtes.; ID., *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 159; LEÓN, Leysser L., "*Consideraciones sobre los daños por homicidio*", cit., págs. XXIII-XXIV; ID., "*Cómo leer una sentencia*", cit., pág. 182.

Para comenzar, hay que expresar que, históricamente, el daño moral ha abarcado siempre dos significados: "en *sentido estricto y propio*, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índoles moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. En *sentido lato e impropio*, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no lo toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es *daño moral* en este sentido, no sólo el que se ha indicado en estricto, sino el que recae en cosas materiales pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras personas que le conciernan"[20].

Como se aprecia, tal concepción el daño moral comprende aquello que se ha identificado, previamente, como daño a la persona.

Sin embargo, el ilustre autor de las expresiones que se acaban de citar, Carlo Francesco Gabba (1838-1920) anotaba: "Creo admisible que se deben reparaciones pecuniarias por ofensas morales, esto es, no patrimoniales, como muertes, heridas, mutilaciones, enfermedades producidas, ofensas al honor, al decoro, al pudor y otras, que traen consigo daño patrimonial a la víctima o sus herederos, y que estos pueden pedirla, tanto *jure haereditatis* como *jure proprio*, [...]. Pero se deben resarcir *sólo* las consecuencias patrimoniales de aquellos daños, y deben valuarse por sí, no mezcladas con la reparación de la ofensa moral, por sí misma considerada. No admito, en cambio, que se pueda pedir, como derecho civil, el resarcimiento de los daños morales verdaderos y propios, ya consistan: *a*) en disminución de prendas personales o físicas, como la belleza, o morales, como la virginidad, el pudor, la consideración pública; o *b*) en padecimientos, sean *físicos*, procurados a la víctima de una lesión corporal, por la enfermedad más o menos larga causada por la lesión; o por la muerte, sean *morales*, perturbación, disgusto, causados por la ofensa física o moral al ofendido o a otras personas, o, finalmente, *c*) en la privación impuesta al ofendido o a terceras personas, de la posibilidad de conseguir por sí mismas, o por otras, ciertas ventajas morales, como el matrimonio, la educación: todos estos daños, considerados que sean, aparte de los matrimoniales provenientes de la misma causa, creo no puedan estimarse en dinero, ni con dinero resarcirse"[21].

---

20 Así se expresaba Carlo Francesco GABBA, "*Risarcibilità dei danni morali*", en *Quistioni di diritto civile*, vol. II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, págs. 225-226. Aquí y en las citas siguientes reproduzco, con algunas integraciones, la traducción al castellano de Adolfo González POSADA, "*Indemnización de los daños morales*", en GABBA, *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, vol. II, La España Moderna, Madrid, s.f., págs. 241-242.

21 GABBA, *op. cit.*, vol. II, págs. 247-248, y en la edición en castellano, vol. II, págs. 263-264 (las cursivas son del autor).

La reacción de Gabba, quien llega a sostener, en otro de sus estudios, que el "resarcimiento" del daño moral es, sencillamente un "imposible jurídico"[22], es entendible.

Se trata, en efecto, de un escrito de fines del siglo XIX, elaborado cuando comenzaba a difundirse en el medio italiano una creación conjunta del derecho común alemán, donde las lesiones al cuerpo y al honor legitimaban a recibir "dinero del dolor" (tal es el significado literal de *Schmerzensgeld*, *pretium doloris*)[23], y de la corriente jurisprudencial francesa del *dommage morale*. Pero el autor italiano se cuida de exigir la "necesaria distinción entre perjuicios a la persona que son resarcibles, en tanto daños patrimoniales indirectos (muertes o heridas) y daños morales irresarcibles, porque no son capaces de lesionar el patrimonio, ni tampoco un objeto exterior y visible (disminución de valores personales, físicos y morales; dolores físicos o sufrimientos de ánimo; privación de ventajas morales)"[24].

Coincidentemente, Wenceslao Roces (1897-1992) alegaba que la función inseparable y característica de la "indemnización" era la función de "equivalencia", porque ella "tiende necesariamente a sustituir los valores destruidos o quebrantados por el evento dañoso con otros nuevos, que los reponen y que nivelan la «diferencia» en que [...] consiste el daño. Y esta operación jurídica requiere por fuerza valores e intereses cifrables en dinero, por representar éste el valor común mediante el cual se establece la equivalencia. Sólo los bienes y derechos patrimoniales son «tasables en dinero» [...]. No es que se estime inmoral o degradante cifrar en dinero los demás bienes legítimos de la persona: es que estos escapan, por esencia, a aquella posibilidad niveladora y equivalencial. [...]. En segundo término, toda demanda de indemnización por quebrantos morales, choca forzosamente contra el principio [...] de la efectividad y fijeza del daño. Precisamente por tratarse, según el consabido tópico, de perjuicios "irreparables", la alegación del daño moral no logra nunca sobreponerse a una vaguedad de contornos y a una arbitrariedad en la liquidación, que son consustanciales a su naturaleza"[25].

Una consideración similar a la de los dos autores citados ha llevado a De Trazegnies a opinar que el derecho "debe reflejar las convicciones de la comunidad en la que será aplicado.

---

22 GABBA, "*Nuove considerazioni intorno al risarcimento dei cosidetti danni morali*", en ID., *Nuove questioni di diritto civile*, 2ª. ed., vol. I, Fratelli Bocca Editori, Milán, Turín y Roma, 1912, pág. 241: "la imposibilidad material, por decirlo así, y en consecuencia, la imposibilidad jurídica, de valorizar en dinero estos sufrimientos, la inmoralidad de la concepción de que el dinero enjuga las lágrimas, la ausencia de un criterio preciso en la determinación de las personas que pueden sobrellevar un daño moral causado por *sufrimiento de ánimo* por daño material sufrido por otra, son las principales razones con las que he combatido, y por las cuales considero antijurídica, la doctrina del resarcimiento de semejantes *daños morales*" (las cursivas son del autor).

23 La expresión ya figura en el *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, el "Código general para los Estados prusianos" de 1791, en vigor desde 1794 con la denominación de *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, esto es, "Derecho común del territorio para los Estados prusianos", o simplemente ALR. En efecto, en el § 113 de dicho texto se señala: "*Der Betrag dieses Schmerzengeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälste, und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Kurkosten richterlich zu bestimmen*" ["El monto del *pretium doloris* depende del grado del dolor sufrido; sin embargo, no puede ser menor que la mitad ni superior al doble del monto del costo del tratamiento judicialmente determinado].

24 La observación es de Emanuela NAVARRETTA, "*Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*", en "Danno e responsabilità", 2002, pág. 865.

25 ROCES, Wenceslao, "*Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el derecho español*", apéndice a su traducción al castellano de la obra de Hans Albrecht FISCHER, *Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich* (Jena, 1903), publicada con el título *Los daños civiles y su reparación*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, págs. 296-297.

Y parecería que en nuestro medio, el hecho de que, tratándose de situaciones particularmente dramáticas, no se abone una indemnización por daño moral sería más chocante que la idea de que, a través del daño moral, la indemnización quede convertida en un castigo"[26], y que "el mal llamado daño moral es, en realidad, un daño patrimonial, económico; pero cubre todos estos aspectos en los que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente; razón por la cual se le otorga al juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso a crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere de una probanza estricta, a la que se denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al juez la fijación de una indemnización a su criterio, y facilitarle a su vez al demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama"[27].

Estoy de acuerdo sólo con la primera parte de tal parecer.

En efecto, basta consultar un diccionario de lengua francesa para apreciar que la primera acepción del vocablo *moral* es de valor adjetivo: "relativo al espíritu, al pensamiento (opuesto a material)"[28]. En castellano, en cambio, la primera acepción del vocablo es "perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia"; en nuestro idioma, sólo la quinta acepción es "conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a físico"[29]. Por ello, no está equivocado aquel autor que insiste, elocuentemente, en que este daño no es "moral" (entendido como "ético"), sino "jurídico"[30]. Si la "moral" es considerada como sinónimo de "estado de ánimo", lo correcto sería hablar de daño "a la moral".

¿Cuándo se comienza a hablar de "daño moral" en nuestro idioma?

Si nos ceñimos a la jurisprudencia española, contamos con una fecha precisa de reconocimiento de la figura, la cual se enuncia, por primera vez, en la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1912, relativa a un caso de ofensa contra el honor de una dama, perpetrada por un periódico de gran circulación –"El Liberal"–, donde la susodicha fue

---

26 DE TRAZEGNIES GRANDA, "*De la responsabilidad civil no derivada de acto jurídico*", cit., pág. 414.

27 DE TRAZEGNIES GRANDA, "*Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil*", en AA. VV., *Para leer el Código Civil*, I (1984), reimpresión, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pág. 210.

Ya José LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. IV, *Teoría general del contrato* (la obra es de 1952), WG Editor, Lima, 1992, pág. 420 advertía: "Hay dificultad –claro está– en precisar en términos pecuniarios un sentimiento, un afecto, un dolor. [...]. Pero más grave que todo, más injusto, es dejar impune, en base a tales consideraciones objetantes, un daño, un mal que se ha padecido en lo más delicado y sagrado del existir humano: el sentimiento. Esta consideración fundamental aniquila la fuerza de sus contrarias, una de mero predicamento fáctico (la dificultad en la determinación del *quantum* de la reparación), otra de simple valor efectista (que los sentimientos no deban ser objeto de tráfico pecuniario), y la tercera, que apunta únicamente a una posibilidad circunstancial (la especulación, el que se explote, se haga chantaje o se engendren «codicias agresivas»".

28 *Micro-Robert. Dictionnaire de la langue français*, Dictionnaires Le Robert, París, 1998, pág. 854: "R*elatif à l'esprit, à la pensée (opossé à matériel)*". Para la "ciencia del bien y del mal", en cambio, se emplea el vocablo *morale*.

29 Así consta en la 22ª. ed. (2001) del *Diccionario de la lengua española* de la RAE.

30 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, págs. 39 y sgtes. Lo curioso es que, a pesar de las críticas, el título del volumen sigue evocando la equívoca denominación, "a la espera de una reforma *de lege ferenda*. De un reconocimiento pleno de los «daños a la persona». Con o sin la presencia del dolor", como el mismo autor señala (*ivi*, pág. 20).

acusada "de haber fugado con un fraile capuchino, del que había tenido escandalosa sucesión"[31].

En aquel histórico fallo se lee:

> "[E]l juzgador, valiéndose de las reglas de equidad, que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los *daños morales* directamente causados a la joven Mussó, y que llevan consigo, como consectarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales [...]"[32].

Como quiera que sea, y he aquí mi discrepancia respecto de los señalado por el profesor De Trazegnies, el daño moral no es patrimonial, ni cambia de naturaleza como efecto de la cuantificación efectuada por el juez.

En este punto, la situación es similar a la que se verifica cuando toca pronunciarse sobre la patrimonialidad de la relación obligatoria. Como se sabe, en el caso de una relación intersubjetiva, la patrimonialidad de la conducta de uno de los sujetos no conduce, necesariamente (por reflejo), a que la del otro se haga patrimonial; no es seguro, entonces, que una relación de estas características merezca el amparo del derecho, ni tampoco que ambas conductas sean consideradas obligatorias. El cumplimiento de deberes derivados del matrimonio (la asistencia recíproca o la fidelidad conyugal, por ejemplo) o de la paternidad (la educación de los hijos, por ejemplo), no podría ser objeto de una contraprestación en dinero; y aunque ocurriera lo contrario, el pacto de una retribución económica no volvería patrimonial, sin más, el contenido de la relación, lo que equivale a decir que ésta no tendría relevancia jurídica como obligación[33].

De igual forma, y desde una perspectiva funcional, se ha logrado hacer evidente una peculiar función de la responsabilidad civil en el caso del daño moral.

Es pacíficamente admitido que la responsabilidad civil cumple funciones de *reparación* (o de *reintegración*), porque aspira a "reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del efecto dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de

---

31 La reseña del caso es de Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 96.

32 Citado por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, pág. 97.

También ROCES, *op.cit.*, pág. 298, dedica algunas líneas al análisis de esta sentencia, y concluye: "[...] sabido es que el «valor de afección» representa un incidente extrapatrimonial de daños materiales irrogados en cosas. Cuando el quebranto causado a éstas o su destrucción o pérdida asuma figura delito, no se eximirá el causante con la verdadera «indemnización»: resarciendo al lesionado el «interés», o sea, el valor que la cosa represente dentro de su patrimonio, sino que, en castigo y por modo excepcional, deberá reparar también en lo posible el quebranto afectivo que el perjudicado sufra. Mas aquí estamos ya fuera de la órbita conceptual del «daño civil» y del concepto genuino de «indemnización»".

33 Como señala C. Massimo BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione* (1990), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 82: "el deber jurídico privado de contenido patrimonial no está comprendido en la noción normativa de obligación, pero siempre que tenga un válido título, legal o negocial, es siempre un deber jurídicamente vinculante y su regulación puede deducirse en vía analógica de la regulación dictada para las obligaciones".

naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y que eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)"[34]; de *prevención*, "en el sentido de que la previsión del deber 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 para otros"[35]; de *punición*, en los ordenamientos jurídicos, como el italiano, donde se reconoce la reintegración en forma específica a pedido del damnificado (con el solo límite del caso en que dicha reintegración resulta excesivamente onerosa para el dañador); y de *distribución*, porque "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"[36].

Para el caso del daño moral, se ha sostenido que la función de la responsabilidad civil es más bien *aflictivo-consolatoria*, o sea, mitigadora del sufrimiento, debido a la imposibilidad de "reparar" éste, en sentido estricto: "La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél"[37]. Conformemente, Adolfo Di Majo prefiere hablar de *función compuesta*, porque, "por un lado, se tiende a brindar una forma de satisfacción y/o gratificación a la víctima del hecho ilícito, en el sentido de asegurarle un *beneficio económico* –y al respecto, es innegable que el dinero también puede servir para dicho fin– y, por otro lado, para *sancionar* el comportamiento del responsable de la infracción"[38].

Por la misma razón, hay que admitir que es cuestionable hablar de "resarcimiento" ni de "indemnización" del daño moral[39], y que estamos más bien ante una mera satisfacción[40] "que el

---

34 CORSARO, voz "*Responsabilità civile* I) *Diritto civile*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, pág. 2 (de la separata).

35 CORSARO, *loc. ult. cit.*

36 CORSARO, *op. ult. cit.*, pág. 3.

37 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "*Las transformaciones funcionales de 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 ALPA, Guido; BIANCA, C. Massimo; CORSARO, Luigi; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; FRANZONI, Massimo; MONATERI, Pier Giuseppe; SALVI, Cesare; y Piero SCHLESINGER, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2001, pág. 270. Por función "satisfactoria", el autor entiende (*ivi*, pág. 278) la "garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés".

Para un análisis de las tres posibles funciones del resarcimiento (punitivo-aflictiva, resarcitoria y consolatorio-satisfactiva), en el caso del daño no patrimonial, se puede consultar FRANZONI, Massimo, "*La función del resarcimiento del daño no patrimonial*", trad. del italiano de G. FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser L. LEÓN, en "De Iure", año 1, núm. 1, Lima, 1999, págs. 21 y sgtes.

En opinión de CORSARO, "*Concetto e tipi di danno*", en PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, ESI, Nápoles, 1997, pág. 656, la ley admite la conversión a una suma de dinero del daño no patrimonial, "en virtud de las finalidades compensatorias que persigue el sistema resarcitorio".

38 DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, 3ª. ed., Giuffrè, Milán, 2001, pág. 249.

39 En castellano, "indemnizar" es sinónimo de "resarcir" (siempre según la 22ª. ed. del Diccionario de la RAE). En alemán se distingue entre *Schadensersatz* y *Entschädigung*, y lo mismo, por derivación, en italiano, *indennità* y *risarcimento* (y también existe *indennizo*). Esta es una distinción fundamental a tomar en cuenta en la consulta de textos alemanes e italianos. *Risarcimento* es todo cuanto se debe a título de responsabilidad

juez cree oportuno asignar al agraviado para mitigar el quebranto que el mal causado le produce –«los duelos con pan son menos»–"[41].

Para aclarar los términos aquí empleados, así como el planteamiento que me parece apropiado para tratar de toda esta problemática, creo que es conveniente rendir cuenta de la historia del "daño moral" y del "daño a la persona".

## 4. EL SISTEMA FRANCÉS Y SU INFLUENCIA EN LA NORMATIVA PERUANA: DAÑO MATERIAL E INMATERIAL (MORAL).

No reviste ninguna dificultad analizar el sistema francés. La distinción tradicional es más bien sencilla: están los daños "materiales", que afectan los bienes del individuo, y los daños "inmateriales", o "morales", que afectan todo lo que no pueda considerarse en el campo anterior[42].

Se ha sostenido que los trabajos preparatorios del *Code Napoléon* no permiten deducir con certeza que los legisladores hayan tenido la intención de prohibir una expansión del concepto de *dommage* a los daños morales[43]. A fin de cuentas, en el artículo 1382 de dicho Código se menciona el término *dommage* a secas ("todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por culpa del cual ha sucedido a repararlo"), y no existe impedimento para una interpretación amplia[44].

No obstante ello, hay quien advierte que con tal proceder los redactores del *Code* "se situaban dentro del más riguroso pensamiento romano, acogiendo como reparable únicamente el daño material y abandonando la idea antigua de «satisfacción» para el daño moral porque su carácter vindicativo de pena la excluía del campo estricto del moderno derecho civil"[45].

---

por daños; *indennità* es de valor más general, porque abarca desplazamientos patrimoniales por los más diversos títulos, como la expropiación, el despido injustificado, etc.

40 La segunda acepción de este vocablo es "Razón, acción o modo con que se sosiega y responde enteramente a una queja, sentimiento o razón contraria", según la citada 22ª. ed., del *Diccionario* de la RAE.

41 Así se expresaba ROCES, *op. cit.*, págs. 298-299; y entre nosotros, sin citar el original, LEÓN BARANDIARÁN, *op. cit.*, t. IV, pág. 428.

42 SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª. ed., t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, pág. 92, anota "Entendemos por daño *moral* todo sufrimiento humano que no es resultado de una pérdida *pecuniaria*". El ilustre civilista francés define la figura en oposición al *dommage pécuniaire* (el daño "pecuniario").

43 MAZEAUD, Henri y Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. I, París, 1931, pág. 262. La cita es de Giovanni Battista FERRI, "*Il danno a la salute e l'economia del dolore*", en *Iuris vincula. Studi in onore di Mauro Talamanca*, vol. III, Jovene, Nápoles, 2001, pág. 212.

44 Es usual la cita del civilista e historiador belga François LAURENT (1810-1887), *Principes de droit civil*, t. XX, § 395, pág. 525: "El artículo 1382 habla de daño en términos absolutos, sin comportar ninguna distinción; así pues, todo daño debe ser reparado, tanto el daño moral cuanto el daño material. El espíritu de la ley no deja ninguna duda: se quieren salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes; ¿o acaso nuestro honor, nuestra consideración, no son los más preciosos de los bienes? El pasaje es reproducido por FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, cit., pág. 242, y nota (9), y NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 871, nota (47).

45 DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pág. 98, y allí, importantes referencias al derecho romano. También FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", cit., pág. 189, brinda indicaciones al respecto.

A pesar de todo, luego de la entrada en vigor del *Code*, se desató "una serie de polémicas y discrepancias en la doctrina, las cuales dividieron a los estudiosos. Algunos negaron la posibilidad de resarcir un daño moral, dado que no parecía concebible dar una valorización en dinero a bienes (el honor, los sentimientos, etc.), que por su naturaleza «inmaterial» no daban la impresión de ser susceptibles de una valorización en términos pecuniarios. Otros, en cambio, afirmaban, sea la plena resarcibilidad de los daños morales, sea (según las llamadas teorías «mixtas») la posibilidad de su resarcimiento limitado a ciertas hipótesis"[46]. Las teorías mixtas –refiere Giovanni Battista Ferri– admitían la reparación del daño moral sólo cuanto éste tenía un consecuencia material, pero era evidente que así se terminaba sosteniendo que el perjuicio moral no podía ser reparado, y que únicamente el daño moral concedía derecho a la indemnización[47].

Al final, y pasadas las referidas incertidumbres, la jurisprudencia francesa reconoce que el daño moral es resarcible. Para estos efectos, la noción de la categoría que los jueces emplean es bastante amplia, conforme a la indicada por Gabba. Desde esta perspectiva, entonces, es dado afirmar que el daño a la persona, según la definición aquí brindada (porque la expresión es desconocida en la doctrina francesa)[48], queda comprendido en el daño moral. Este es un sistema que ha funcionado sin inconvenientes por más de ciento cincuenta años.

Es de destacar, así mismo, que los autores franceses no hablan de "patrimonio": la distinción entre daño material e inmaterial es prácticamente objetiva.

Esta clasificación, que distingue los daños materiales de los inmateriales, cobró gran ascendencia en la doctrina argentina, incluso en el pensamiento del legislador Vélez Sarsfield.

La confusión terminológica en esta área –cuyos efectos parecen haberse reflejado, en no escasa medida, entre nosotros– comienza con la importación de las expresiones "daño patrimonial" y "daño no patrimonial" o "extrapatrimonial", tomadas del sistema italiano, que las recoge, a su vez, del derecho alemán. Hay, entre los argentinos, quienes han llegado a apuntar, tautológicamente y aparatosamente, que "el daño extrapatrimonial o moral [...] se caracteriza por su proyección moral, sea que el hecho generador lesione un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial", y a renglón seguido (¡!), que "la persona es un proyecto de vida [...] y todo lo que afecte a ese proyecto configura daño a la persona. Se le denomina también daño no patrimonial, biológico, a la salud, extraeconómico, a la vida de relación, inmaterial, a la integridad sicosomática, no material"[49].

## 5. AUTONOMÍA DEL SISTEMA ALEMÁN: DAÑO PATRIMONIAL Y NO PATRIMONIAL.

Conviene empezar recordando, aunque sea reiterativo, la importancia del concepto "patrimonio" (*Vermögen*) en la doctrina civilista alemana, desde la época de los pandectistas.

---

46 FERRI, *op. cit.*, págs. 212-213.

47 FERRI, *op. cit.*, pág. 213.

48 A pesar de esta simple constatación, hay quien ve el daño a la persona, y nada más que el daño a la persona, en la doctrina y jurisprudencia francesa: FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", cit., págs. 190-191.

49 ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1ª. ed., 2ª. reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 216- 217. Para la enumeración de otros dislates de este sector de la doctrina argentina, me permito remitir a mi trabajo "*Consideraciones sobre los daños por homicidio*", cit., págs. X-XI, y la nota (5).

El patrimonio es una de las primeras instituciones estudiadas en los tratados dedicados al *allgemeiner Teil* (a la "parte general") del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), y es así como se habla de "atribución patrimonial" (*Vermögenszuwendung*), de "negocios de atribución patrimonial" (*Zuwendungsgeschäfte*), de "patrimonialidad de la prestación" (*Vermögensleistung*) y de "patrimonialidad del interés en la prestación" (*Vermögensinteresse*), sólo por citar dos ejemplos.

En palabras de Hans Albrecht Fischer, el patrimonio es "el conjunto de los derechos evaluables en dinero que corresponden a una persona"[50]; para Andreas von Tuhr, constituye "un poder económico, que ofrece los medios materiales para la consecución de los fines de la vida individual"[51].

Teniendo en cuenta el carácter fundamental de esta idea, alrededor de la cual giran muchas otras categorías, la hora de distinguir los daños, la clasificación propuesta diferencia el daño patrimonial (*Vermögensschaden*) del daño no patrimonial (*nicht Vermörgensschaden*).

Karl Larenz escribe que "el daño a indemnizar se determina normalmente *según la persona y el patrimonio del que tiene derecho a la indemnización*"([52]), y se encarga de formular esta distinción como sigue: "Daño «material» es el daño patrimonial que puede originarse directamente en forma de privación, menoscabo o deterioro de un *bien patrimonial*, o indirectamente, p, ej., en forma de pérdida de adquisiciones o de ganancias o de causación de gastos necesarios originados por el daño. Daño «inmaterial» o «ideal» es el daño directo que alguien sufre en un *bien de la vida* (como la salud, el bienestar corporal, la libertad, el honor) *que no puede ser valorado en bienes patrimoniales*"([53]).

La distinción consta en el BGB, donde originalmente se hacía referencia explícita a los daños no patrimoniales en los §§ 253, 847, 1er. párrafo, y 1300[54].

> "§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse compensación (*Entschädigung*) en dinero, si el daño inferido es no patrimonial".

---

50 FISCHER, *op. cit.*, pág. 6.

51 TUHR, Andreas von, *Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil* (Berlín, 1923), trad. al castellano (*Derecho civil. Parte general*) de Wenceslao ROCES, Porrúa, México, 1945, pág. 46. Es así como se habla de derecho civil patrimonial, que es expresión conocida en castellano; recuérdese, si no, el título del famoso manual de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (la 5ª. ed., para Civitas de Madrid, es de 1996).

Cesare SALVI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato*, al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milán, 1998, pág. 40, observa que el paso de la concepción "material" a la concepción "patrimonial" acompaña la formación del moderno derecho de la responsabilidad, en consonancia funcional con la economía de mercado.

52 LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts* (2ª. ed., 1957), trad. al castellano de Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 196. El resalto es del autor.

53 LARENZ, *op. cit.*, t. I, págs. 194-195. El resalto es del autor, quien aclara, a renglón seguido (*ivi*, pág. 195) que "la infracción de uno de los bienes «ideales» indicados puede también tener por consecuencia mediata un daño patrimonial, aunque de ellos no derive directamente un daño valuable en dinero, p. ej., en forma de gastos para el restablecimiento de la salud, adquisiciones no hechas o pérdidas en los negocios que traen consigo los daños inferidos a la reputación a la fama o la solvencia. Por lo tanto, los daños patrimoniales no tienen siempre como presupuesto necesario la infracción de un bien patrimonial, sino que igualmente pueden derivarse, aunque únicamente en concepto de daños mediatos, de la infracción de un bien inmaterial, en cuanto ésta produzca consecuencias perjudiciales para el patrimonio del perjudicado".

54 En todos los casos, traduzco *Entschädigung* como "compensación", para no confundirla con nuestra indemnización o resarcimiento (que sería *Schadensersatz*). Véase cuanto he referido, *retro*, nota (39).

"§ 847. En caso de lesión al cuerpo o a la salud, y también en caso de privación de la libertad, el perjudicado puede reclamar una compensación equitativa en dinero, incluso por el daño que no sea daño patrimonial. Este derecho no es transmisible ni pasa a los herederos, a menos que sea reconocido contractualmente o deducido en juicio.

El mismo derecho asiste a la mujer contra quien abuse, con delito o falta de su moralidad o la seduzca, valiéndose de fraudes o amenazas o abusando de la superioridad de que goza sobre ella".

"§ 1300. Si una mujer sin tacha se entrega a su prometido, concurriendo los requisitos de los §§ 1298 o siguientes, puede exigir que se le compense en dinero, en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido por consecuencia de aquella acción.

Este derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos, a menos que se halle reconocido contractual o deducido en juicio".

Hace ya tiempo que el § 1300 fue derogado; en cuanto al § 847, su texto ha sido recientemente fusionado con el del § 253, conforme al *Zweites Gesetz zur Änderung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (la 2ª. Ley modificatoria de las disposiciones en materia de indemnización), del 19 de julio del 2002, en vigor desde el 1 de agosto del 2002. En consecuencia, la nueva norma reza como sigue:

"§ 253. Solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse una compensación en dinero (*Entschädigung in Geld*), si el daño inferido es no patrimonial.

En caso de que se debiera una indemnización (*Schadensersatz*) a causa de un daño por causa de una lesión al cuerpo, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, se puede reclamar una compensación razonable en dinero (*eine billige Entschädigung in Geld*) aun por el daño no patrimonial".

Lo importante es señalar que la terminología alemana fue acogida en el derecho italiano; primero por la doctrina, luego por la jurisprudencia, y finalmente por el legislador.

En el artículo 185, 2º. párrafo, del Código Penal italiano de 1930 se establece que "todo delito que hubiere ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al resarcimiento, tanto al culpable cuanto a las personas que, de acuerdo con las normas del derecho civil, deben responder por los hechos del culpable"; y en el artículo 2059 del Código Civil se señala que "el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos establecidos por la ley".

Salvatore Patti, uno de los más insignes estudiosos italianos del derecho alemán, define el "daño patrimonial" como la pérdida experimentada por un sujeto en su patrimonio a causa de un determinado evento lesivo, aun cuando dicha pérdida fuera debida a un perjuicio contra su persona[55]. Cesare Massimo Bianca hace otro tanto con el "daño no patrimonial", que concibe como "la lesión de intereses no económicos, es decir, la lesión de intereses que según la conciencia social no son susceptibles de valorización económica"([56]).

---

55 PATTI, Salvatore, voz "*Danno patrimoniale*", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, *Sezione civile*, vol. V, Utet, Turín, 1989, pág. 91, también sobre la base de LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, 13ª. ed., C. H. Beck, Múnich, 1982, págs. 442 y sgtes., e ID., "*Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht*", en *Festschrift für Nipperdey*, t. I, Múnich-Berlín, 1965, págs. 489 y sgtes.

56 BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 166.

El mismo Patti hace ver que el término "patrimonio" debe ser entendido como "suma de las capacidades de una persona, como *potentia*, es decir, como conjunto de posibilidades atribuibles a un sujeto"([57]); de tal forma, se evita incurrir en la errónea idea de que los sujetos que no son titulares de bienes no pueden sufrir daños patrimoniales.

Es evidente que conforme a la clasificación alemana, el daño no patrimonial comprende tanto el daño moral cuanto el daño a la persona.

Sin embargo, y como producto de la lectura poco atenta de la bibliografía francesa, alemana[58] e italiana, en Argentina se habla de daño patrimonial y extrapatrimonial (distinción alemana), intercalando elementos de la primigenia, y menos elaborada, clasificación entre daños materiales e inmateriales (francesa)[59], y de la versión italiana.

Bástenos citar, como ejemplo de esta mala lectura, a Eduardo A. Zannoni, quien entiende que el daño patrimonial es "la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir, sobre los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende, *le pertenecen*", mientras que el daño no patrimonial "en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un *interés no patrimonial*, o sea que guarda relación a un *bien no patrimonial*"[60].

## 6. LA EVOLUCIÓN EN EL SISTEMA ITALIANO: HISTORIA OFICIAL DEL DAÑO A LA PERSONA.

Como he expuesto, también en el sistema italiano el daño se distingue en patrimonial y no patrimonial.

Recapitulo, con didácticas expresiones de Luigi Corsaro, que el daño patrimonial "está constituido por las consecuencias desfavorables de naturaleza económica de una determinada lesión. Es indiferente, desde este punto de vista, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien o del interés lesionado, porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial, pueden derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial: piénsese en la pérdida de clientela sufrida a causa de la publicación de una noticia en un periódico, que luego se revela como no verdadera, que provoca descrédito a su actividad profesional. El bien quebrantado es no patrimonial: la reputación del profesional, pero su lesión también produce consecuencias de naturaleza

---

57 PATTI, *op. cit.*, pág. 90.

58 Hay que recordar que el tratado de von TUHR dedicado a la parte general del BGB, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (1910-1918), fue traducido al castellano por Tito RAVÀ para la editorial Depalma, de Buenos Aires, y se publicó entre los años 1946 y 1948. Allí hay referencias al patrimonio y a los daños patrimoniales y no patrimoniales. Sin embargo, lo más probable es que la confusión terminológica se haya debido a la lectura de textos italianos.

59 Aunque en la definición brindada por LARENZ se emplean las expresiones "material" e "inmaterial", estas tienen un mero valor adjetivo, y no técnico, ni clasificatorio, como sí ocurre en la doctrina y jurisprudencia francesas. Como tengo escrito en otro lugar, "*Consideraciones sobre los daños por homicidio*", cit., pág. XII, nota (9), en el diccionario jurídico de Carl CREIFELDS, 11ª. ed., C. H. Beck, Múnich, 1992, pág. 993, el "daño no patrimonial" es adjetivado con las voces "ideal" o "inmaterial".

60 ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 60, 287-288.

patrimonial. El daño no patrimonial, entendido en una acepción restringida, consiste en el dolor, en el sufrimiento, físico o espiritual, que la persona sufre por efecto del evento lesivo (y a este fenómeno se da, normalmente, el nombre de daño moral, a veces denominado daño moral subjetivo); entendido en una acepción lata, comprende todas las situaciones negativas de naturaleza no económica del evento lesivo (consecuencias que no son susceptibles de una evaluación objetiva y directa en dinero). En esta categoría cobran relevancia las consecuencias no patrimoniales de la lesión de la persona y de los llamados derechos de la personalidad. Estas se concretan en el sufrimiento psicofísico, en la perturbación del ánimo, en el descrédito, en la pérdida de prestigio, etc., que la persona sufre a consecuencia del hecho ilícito de otro. También el Estado y los entes en general están legitimados a accionar judicialmente para el resarcimiento del daño no patrimonial, identificado en la pérdida de prestigio, en el perjuicio moral sufrido por el hecho ilícito-delito de sus propios dependientes"[61].

Pero el "daño a la persona" no tiene ningún valor especial como categoría en el sistema italiano.

Yo me conformaría con repetir aquí una opinión de Davide Messinetti: "si el concepto de persona no puede ser «socialmente» domado a través del concepto de responsabilidad, el daño a la persona no puede ser construido como un «daño especial» (ni como un sistema de «daños especiales»)"[62], pero prefiero abundar, aunque sea brevemente, en algunos aspectos históricos.

Es cierto que la expresión cuestionada figura en el Código Civil de 1942, en el artículo 2057: "Cuando el *daño a las personas* tiene carácter permanente la liquidación la puede realizar el juez, tienen en cuenta las condiciones de las partes y la naturaleza del daño, bajo la forma de una renta vitalicia. En dicho caso, el juez dispone las medidas necesarias", pero nada de tal disposición permite considerar que ella tenga algún valor sistemático; es más, dos de los primeros escritos en los que aparece la expresión, y sin mayores pretensiones, son voces enciclopédicas del decenio 1950-1960, debidas a Mario Portigliatti-Barbos[63] y Guido Gentile[64].

---

61 CORSARO, "*Concetto e tipi di danno*", cit., págs. 655-656.

62 MESSINETTI, Davide, "*Recenti orientamenti sulla tutela della persona*", en "Rivista critica del diritto privato", año X, 1992, pág. 189.

Esta línea de pensamiento es compartida por SALVI, *op. cit.*, pág. 57: "La unificación de los problemas del daño a la salud y de la protección resarcitoria de los derechos de la personalidad no es, empero, convincente, sobre todo por razones funcionales. [...] las funciones de la responsabilidad en los dos casos son diferentes: en la protección de la salud predomina la exigencia de solidaridad a la víctima; en el segundo campo impera una finalidad esencialmente satisfactoria-punitiva. Tampoco el argumento constitucional puede asumir idéntico peso, porque para los derechos de la personalidad, a diferencia de cuanto ocurre respecto de la salud, el interés típicamente subyacente a la conducta agresiva es de igual relevancia al de la víctima, y se concreta, sustancialmente, en la libertad señalada en el art. 21 Cost. Por otro lado, también la comparación muestra la predominancia de soluciones que diferencian netamente las dos hipótesis, en el sentido de aplicar la normativa ordinaria al daño (no patrimonial) a la salud, y de limitar, en cambio, la resarcibilidad del daño (no patrimonial) por lesión de los llamados derechos de la personalidad a las hipótesis en que subsista un particular grado o cualidad de culpabilidad de la conducta lesiva".

63 PORTIGLIATTI-BARBOS, voz "*Danno alla persona*", cit. En este estudio puede verse alguna bibliografía previa, exclusivamente compuesta por escritos menores.

64 GENTILE, Guido, voz "*Danno alla persona*", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milán, 1962, págs. 634 y sgtes.

A este último autor se debe la opinión de que "la valorización del daño a la persona plantea el más arduo de los problemas del vasto campo de la responsabilidad civil".

En ambos trabajos, y en los escasos estudios dispersos, el daño a la persona no sirve más que como una locución para identificar el daño a la integridad psicofísica. A ello se debe, tal como hemos dicho, que este daño haya sido asimilado al daño a la salud.

En un intento de aprovechar al máximo el sentido de la expresión, Pier Giuseppe Monateri[65] sostiene que el estudio del daño a la persona exige hacer referencia a cuatro tipos distintos de daño, sin importar si estos son asumidos como resarcibles o no:

*a*) Daño a la salud psicofísica con reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de desembolsos pecuniarios, o que tienen, de alguna manera, repercusiones negativas en el rédito futuro del sujeto lesionado.

*b*) Daños a la salud psicofísica independientes de reflejos pecuniarios: lesiones a la persona que se traducen en una serie de lesiones psicofísicas individuales, y por lo tanto, en una serie de minusvalías objetivas para el sujeto lesionado, en sí mismas consideradas, sin hacer referencia a sus reflejos negativos en el patrimonio o en el rédito de dicho sujeto.

*c*) Daños por sufrimientos (considerados independientemente de las lesiones en sí mismas a la salud psicofísica) con reflejos pecuniarios: aflicciones, dolores, perturbaciones que se traducen en ganancias frustradas y que, de alguna manera, tienen una influencia negativa en el rédito monetario del damnificado.

*d*) Daños por sufrimientos (del tipo *sub c*) independientes de reflejos pecuniarios: aflicciones, padecimientos de ánimo, dolores considerados en cuanto tales, que no se traducen en consecuencias monetarias negativas.

En el derecho italiano –expone, con minuciosidad, el profesor de la Universidad de Turín–, el área de los daños *sub a*) y *sub c*) está comprendida en la categoría de los daños patrimoniales resarcibles en virtud de la cláusula normativa general sobre la responsabilidad por hecho ilícito. "Al área *sub d*) se le ha venido imponiendo la etiqueta afrancesante de *daños morales*, o bien la etiqueta germanizante de daños *no patrimoniales*. Estos daños son resarcibles dentro de los límites impuestos por el artículo 2059 del Código Civil. Dado su carácter, hay quienes prefieren hablar de indemnización, y otros de pena. El área de los daños *sub* b) fue descuidada por mucho tiempo. La bipartición, aparentemente exhaustiva, entre daños patrimoniales y no patrimoniales impedía considerar de manera autónoma dichos daños. Ellos tenían que entrar, forzosamente, en una u otra clase, y si no existían repercusiones en el rédito, [...] debían ser equiparados a las aflicciones y a los malestares de ánimo, y resarcidos, en consecuencia, dentro de los límites del artículo 2059 del Código Civil. [...] Para los tipos de daño señalados *retro*, *sub* b) ahora predomina el nombre de daño biológico o daño a la salud, y estos se consideran resarcibles fuera de los límites del artículo 2059 del Código Civil"[66].

---

65 Aquí y en adelante: MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo SACCO, Utet, Turín, 1998, págs. 475-476.

66 MONATERI, *op. cit.*, págs. 476-477 (las cursivas son añadidas).

Entre otros autores, Giuseppe BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, 7ª. ed. (1992), al cuidado de Guido ALPA, reimpresión, Zanicchelli Ed., Bolonia, 1996, pág. 488, considera, justamente, que no es propio hablar de resarcimiento del daño moral, sino de *pena pecuniaria*, "es decir, de una sanción con carácter satisfactorio o

Monateri es particularmente crítico con la distinción, y llega a postular su falsedad. Para ello se sirve del análisis histórico, y refiere: "la locución «daño no patrimonial» no es autóctona, sino importada y calcada del alemán *nicht Vermögensschaden*. Sólo que el BGB contiene, en su § 253, la disposición en virtud de la cual «por un daño que no es daño patrimonial se puede pretender el resarcimiento en dinero solamente en los casos determinados por la ley» (norma que fue calcada en el artículo 2059 del Código Civil), pero dispone expresamente en su § 847: "En caso de lesión del cuerpo o de la salud, y también en el caso de privación de la libertad, el afectado puede pretender un resarcimiento equitativo en dinero también por el daño que no es daño patrimonial" (norma que, para mala suerte, fue olvidada en el trasplante)"[67].

Luego, convencido de su propósito, afirma que para desvirtuar la bipartición es suficiente probar que existe un supuesto que no pertenezca necesariamente a alguna de los dos rubros. Y aquí, ni más ni menos, radicaría el talón de Aquiles de la distinción, porque existen daños a la integridad física que no tienen repercusiones en el rédito (como la lesión permanente que sufriera un pensionista), y que tampoco se traducen en aflicciones (como la lesión cerebral), aun cuando existan minusvalías para el sujeto lesionado[68].

Más que dar la razón o desmentir a Monateri, creo que es más útil explicar el contexto en el que se forja su visión crítica.

Como he anotado líneas arriba, el artículo 2059 del Código Civil italiano limita el resarcimiento de los daños no patrimoniales a los casos "determinados por la ley". Esta frase ha sido interpretada tradicionalmente como una rigurosa limitación de estas posibilidades resarcitorias sólo a los daños derivados de la comisión de un delito, en concordancia con lo prescrito en el citado artículo 185 del Código Penal[69].

"Generalmente –apunta Massimo Franzoni– los intérpretes concuerdan en atribuir al artículo 2043 del Código Civil el contenido de una cláusula normativa general, en cuanto a la definición del «daño injusto», y han destacado la necesaria previsión de la patrimonialidad del daño en la parte final de la disposición: «obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño». Es así como el compromiso de una situación protegida, entendida como lesión de un interés merecedor de protección según el ordenamiento jurídico, para permitir el remedio resarcitorio, debe ser causa de una pérdida patrimonial en la esfera de la víctima. Esta pérdida patrimonial para permitir la aplicación de la responsabilidad civil, puesto que el daño no patrimonial es resarcible sólo en los casos previstos por la ley, según el artículo 2059 del Código Civil; y tradicionalmente, estos casos se han identificado con el daño moral subjetivo del artículo 185 del Código Penal, salvo alguna rara excepción"[70].

Estas dificultades, generadas por una imperfecta clasificación, y una legislación restrictiva, han conducido a la creación del "daño biológico". Así, cuando una persona sufre

---

reparatorio, que se paga a quien es ofendido (damnificado) en sus sentimientos, en su psique, en su espíritu".

67 MONATERI, *op. cit.*, pág. 296, nota (5). Esta interpretación sistemática ha quedado confirmada con la reciente modificación del § 253 BGB, que he citado líneas atrás.

68 MONATERI, *op. cit.*, págs. 476-477.

69 He tenido oportunidad de referir ello en mi trabajo "*El daño existencial ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?*", en "Ius et Veritas", año XI, núm. 22, Lima, 2001, pág. 42, ahora integrado en el presente volumen.

70 FRANZONI, "*Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*", en "Responsabilità civile e previdenza", año LXVI, 2001, pág. 779.

una lesión corporal a causa del ejercicio de una actividad peligrosa, por ejemplo, se encontrará legitimada a demandar resarcimiento por tres conceptos: daño patrimonial, en virtud de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual (artículo 2043), daño no patrimonial (daño moral, artículo 2059) y daño biológico.

Massimo Paradiso define el daño biológico como "la lesión de la integridad psicofísica de la persona que prescinde de las eventuales consecuencias en la capacidad de trabajo de la víctima (que deben resarcirse a parte, como daño-patrimonial)"[71].

Esta figura fue elaborada por la Corte Costituzionale italiana (sentencia n. 184, del 14 de julio de 1986), luego de una sucesión de sentencias de tribunales genoveses que culminaron en una cuestión de legitimidad contra el limitativo artículo 2059. La Corte resolvió apoyándose en el artículo 32 de la Constitución republicana de 1948, que reconoce la protección de la salud en cuanto derecho fundamental del individuo, y fue así como la máxima jurisprudencial consagrada en dicho fallo dijo como sigue:

> "Puesto que: *a*) el artículo 2059 del Código Civil atiene exclusivamente a los daños morales subjetivos y no excluye que otras disposiciones prevean la resarcibilidad del daño biológico, considerado en cuanto tal; *b*) que el derecho viviente identifica en el artículo 2043 del Código Civil, en relación con el artículo 32 de la Constitución, la disposición que permite el resarcimiento, en todos los casos, de dicho perjuicio; resulta infundada, entonces, la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 2059 del Código Civil, en la parte en que prevé la resarcibilidad del daño no patrimonial que deriva de la lesión del derecho a la salud sólo a consecuencia de un delito, en referencia a los artículos 2, 3, 24, 32 de la Constitución"[72].

Paolo Zatti y Vittorio Colussi[73] resumen en los siguientes términos el esquema resarcitorio que resulta del citado fallo de la Corte Costituzionale:

a) Al interior del concepto de daño se debe distinguir el *daño-evento* de los *daños-consecuencias*: el daño-evento consiste en la *lesión del interés protegido*, en sí misma considerada; los daños-consecuencias son aquellos perjuicios ulteriores, de orden *patrimonial* o *moral*, que derivan de la lesión.

b) El *daño biológico* es el *daño-evento*, constituido por la *lesión*, *en sí misma considerada*, de la integridad psicofísica (derecho absoluto protegido por el artículo 32 de la Constitución), y debe ser distinguido, por lo tanto, sea de las *consecuencias* de orden *patrimonial*, sea de aquellas de orden *moral*.

c) El artículo 2059, aun cuando textualmente referido al daño "no patrimonial" debe ser entendido, según la interpretación comúnmente acogida, en sentido restrictivo: limita, en otras palabras, sólo a los casos previstos por la ley el resarcimiento de las *consecuencias* de carácter *moral* (*daño moral subjetivo* o *pretium doloris*).

d) El *daño biológico*, como *daño-evento*, no recae, entonces, en el ámbito del artículo 2059 del Código Civil, y es resarcible sobre la base de la previsión general del artículo 2043 ("todo hecho [...] obliga a resarcir el *daño*").

---

71 PARADISO, Massimo, *Corso di istituzioni di diritto privato*, vol. I, Giappichelli, Turín, 1996, pág. 446.

72 El texto íntegro de la sentencia es reproducido en VISINTINI, Giovanna, *Materiali di giurisprudenza in tema di responsabilità extracontrattuale*, al cuidado de Matteo DELLA CASA, Giappichelli, Turín, 2000, págs. 6 y sgtes.

73 ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, 7ª. ed., Cedam, Padua, 1999, págs. 655-656.

"En caso de lesión del derecho a la salud –concluyen los autores citados– el daño resarcible se compone de tres elementos: *a*) el daño biológico (daño-evento); *b*) el eventual daño patrimonial y *c*) el daño moral subjetivo (*pretium doloris*) en los casos determinados por la ley"; pero previenen, de igual forma, contra cierto riesgo de "explosión" de la responsabilidad, porque puede dar lugar a una reproducción para la lesión de diversos intereses no patrimoniales: "Si el daño resarcible es el daño-evento, es decir, la lesión del interés protegido, en sí misma considerada, el ámbito del remedio resarcitorio deviene difícilmente controlable"[74].

El temor de los catedráticos de la Universidad de Padua es del todo razonable, a juzgar de la proliferación inacabable de nuevas voces de daño: "daño estético", "daño a la vida de relación", "daño hedonístico", y más recientemente, el "daño existencial", que cuenta hasta con una sentencia de la Corte di Cassazione favorable al reconocimiento de su naturaleza resarcible[75].

Pero todos estas cuestiones son ajenas a nosotros.

## 7. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: LA INFORMALIDAD LEGISLATIVA Y SUS CONSECUENCIAS.

Es inútil intentar precisar cuándo comienza a hablarse de "daño a la persona" en la doctrina peruana.

En los Códigos Civiles de 1852 y 1936, como es obvio, y a menos que se incurra en un anacronismo, la expresión era ignorada. En el segundo de ellos (artículo 1148), se establecía que "al fijar el Juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima". El sistema en vigor era perfectamente afrancesado, si se quiere; en todo caso, lo importante es señalar que no hay ningún indicio que autorice a sostener que funcionara deficientemente[76].

En la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto que devino el Código Civil de 1936, los legisladores dejaron escrito: "No es preciso [...] que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o en menoscabos de ciertos bienes inmateriales. No nos han parecido bastantes las observaciones relativas al carácter pasajero de estas situaciones, ni las dificultades invocadas para relacionar los daños morales y las indemnizaciones. A través de estas y de otras observaciones, la institución se ha instalado en los Códigos modernos y tiene sus desarrollos en la jurisprudencia de los tribunales. La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el hecho de haberse atribuido al juez la *facultad* de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o a satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución más indicada sea

---

74 ZATTI y COLUSSI, *op. cit.*, pág. 656.

75 Aquí remito a lo que tengo escrito en mis trabajos "*El daño existencial*", cit., *passim*, y "*Cómo leer una sentencia*", cit., págs. 177 y sgtes.

76 La jurisprudencia citada por DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, págs. 99 y sgtes., permitiría postular lo contrario.

la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de los bienes no materiales"[77].

Respecto del Código Civil peruano vigente, la historia del "daño a la persona" consta en páginas que enaltecen a Carlos Fernández Sessarego, en cuanto expresivas de un propósito de enmienda ante un error cometido.

El excelso jurista sanmarquino relata: "Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en del despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo"[78].

Desde ya, apuntaré que lo repetitivo fue más bien incluir el daño a la persona; y que me parece discutible aquello del "sentido común".

Los primeros trabajos del profesor Fernández Sessarego sobre este tema –al menos los que tengo a la vista– son contemporáneos a la promulgación del Código Civil de 1984. Hay referencias en materia en su exposición de motivos al primer libro del Código, dedicado al derecho de las personas, que se suele reconocer a su invención. Allí, la afirmación del daño a la persona como institución autónoma y eje de toda la normativa no es tan palpable, ni tan combativa. De hecho, hay más referencias al daño no patrimonial que al daño a la persona, e incluso a cierto híbrido: "el daño no patrimonial a la persona". Anota, por ejemplo: "Sea cual fuere la denominación que se adopte, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de tales expresiones se aloja un mismo único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial. Es decir, aquel que por lesionar un bien inmaterial, no cuantificable en dinero, no puede ser reparado mediante una suma objetivamente determinable. El daño no patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial"[79].

Parece ser que, posteriormente, el autor citado se preocupa por dar contenido a la doctrina que predica. Se interesa por la historia del daño moral, y analiza comparativamente,

---

77 Estas expresiones figuran en la *Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil*, publicada por Gil S.A. Editores, de Lima, fechada el 8 de octubre de 1936.

78 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño al proyecto de vida*", cit., págs. 63-64. La triste anécdota, que refleja la informalidad de la redacción de la más importante de nuestras normas civiles, es confirmada por CÁRDENAS QUIRÓS, "*Apuntes sobre el denominado daño a la persona*", cit., pág. 117.

79 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Derecho de las personas*", en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, *Código Civil*, IV, *Exposición de motivos y comentarios*, al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Ediciones, Lima, 1988, pág. 91.

entre otros, los sistemas de Francia, Alemania e Italia[80]. Las referencias sobre los dos primeros ordenamientos son más bien escasas; en cambio, demuestra un buen conocimiento de las tesis italianas en boga. En uno de sus primeros estudios, tales referencias son expuestas en un subcapítulo titulado *El creciente desarrollo en Italia de la teoría del daño a la persona y su formulación legislativa*, que es, en realidad, la historia de la evolución del daño no patrimonial, la cual confirma el papel central de la clasificación alemana en el sistema italiano.

Creo, y me bastan estas observaciones, que estamos frente a un caso de importación doctrinaria; sólo que, esta vez, se trata de una categoría que se utiliza con meros fines descriptivos (es decir, sin ningún afán sistemático) en su hábitat, y que al ser importada, ha generado el riesgo de llegar a nosotros con los problemas y cuestiones que han dado pie a todo el debate que ya he descrito en los acápites anteriores.

Repetidamente, se percibe un empleo de la expresión "daño a la persona" todas las veces en que los autores italianos habrían escrito "daño no patrimonial".

Veamos un ejemplo:

Fernández Sessarego escribe: "Consideramos atinada la posición adoptada por la jurisprudencia genovesa ya que, al nivel histórico en que nos hallamos, resulta incomprensible que se justifique jurídicamente una norma que limite la reparación del daño a la persona de carácter no patrimonial, a sólo los específicos casos previstos por ley"[81].

Como ya he señalado, lo que se limita en la norma italiana es la reparación del daño no patrimonial en general (no "del daño a la persona de carácter no patrimonial").

O estos, llamémoslos así, espejismos:

"El Código consagra la posibilidad de reparar el daño moral, entendido como sinónimo de daño a la persona, producido como consecuencia de la inejecución de las obligaciones"[82].

"No obstante la imposibilidad de precisar en términos económicos las consecuencias del daño a la persona, estimamos que *ningún ser pensante*, que considera a la persona como un valor en sí misma, como un fin supremo a cuyo servicio se encuentran la sociedad y el Estado, puede

---

80 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", *passim*, especialmente, págs. 189 y sgtes., y mucho más ampliamente en ID., "*Precisiones preliminares en torno del daño a la persona*", cit., págs. 195 y sgtes.

Esta preferencia es verosímilmente atribuible a la estadía del citado autor en Italia, de la que da cuenta en su *Prólogo* a LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil*, t. I, *Título preliminar y derecho de las personas*, WG Editor, Lima, 1991, pág. XXVIII. En sus "*Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*", cit., pág. 188, anota: "Cabe señalar que Italia es uno de los países donde, probablemente se ha discutido más extensamente el tema del daño a la persona y donde se han efectuado importantes aportes tanto doctrinarios como jurisprudenciales en lo que al tema se refiere. Es por esta razón que nos referiremos, preferentemente a su trabajosa elaboración, a su evolución, a sus hallazgos y aciertos y, lo que es digno de acotar, a la superación de trabas legislativas impuestas por el famoso y discutido artículo 2059 del Código Civil que impedía su debida y amplia reparación".

81 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", cit., pág. 194.

82 FERNÁNDEZ SESSAREGO y CÁRDENAS QUIRÓS, "*Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942*", en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, cit., págs. 132-133.

oponerse a la justa reparación del daño no patrimonial a la persona pretextando la imposibilidad de encontrar su equivalente pecuniario"[83].

"Podrán o no incluirse en el futuro otros derechos de la persona en la Constitución o en el Código Civil [peruanos], pero los principios cardinales sintetizados en la tutela integral, preventiva y unitaria de la persona seguirán vigentes, inspirando a los constituyentes y codificadores del mañana. La historia rescatará como nota positiva de tales cuerpos legales, antes que sus bondades técnicas, su vocación personalista, su empeño en proclamar y concretar a través de sus textos, con las limitaciones del caso, la primacía que se le otorga a la persona humana"[84].

Más allá de tales pinceladas –conscientes, o tal vez no–, predispuestas para promocionar el "daño a la persona", lo más censurable es la pretensión, que yo juzgo absurda y carente de sustento, de diseñar un fundamento filosófico para la categoría cuestionada.

Leo, por ejemplo, que el desplazamiento del eje del derecho, de los derechos patrimoniales a los de la persona "ocurre recién cuando al influjo del humanismo, se logra comprender por los juristas más lúcidos y no comprometidos con los sistemas de poder dominantes en el mundo, que el hombre no puede ser sólo apreciado unidimensionalmente como un ente capaz de producir renta. La existencia humana es más rica y trascendente, por lo que se resiste a ser aprehendida como totalidad y experiencia de libertad a partir sólo de una visión puramente economicista, no obstante la innegable preponderancia que ella puede tener en ciertas circunstancias del devenir de la vida humana tanto personal como social"[85]; o que "es al ser humano, consistente en una unidad psicosomática sustentada en la libertad, al que el derecho protege contra todo tipo de daños que lo afecten en cualesquiera de sus múltiples y ricas facetas. Como se advierte de todo lo que hasta aquí expuesto, hubo que tomar conciencia de lo que significaba el ser humano, comprendiendo su intrínseca dignidad de ser libre, para que se desarrollara, en lenta pero segura evolución, la materia que nos ocupa, es decir, la relativa a su protección preventiva, unitaria e integral frente a los daños que lo acechan en la era tecnológica"[86]; o que "en la última década se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado «daño a la persona». Ello delata la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia"[87].

Como también he explicado, nada, absolutamente nada, de esa presunta evolución filosófica tiene que ver con el daño a la persona.

Reitero que los juristas que han utilizado esta categoría en Italia lo han hecho con puros fines descriptivos, de la misma manera que se habla de "daño ecológico" o de "daño ambiental". Yo podría añadir cualquier término al vocablo "daño", y no crearía ninguna categoría fundamental en el plano sistemático: daño a los inmuebles, daño automovilístico, daño a los familiares; me estaría limitando a identificar supuestos, tal cual se hace cuando se habla de responsabilidad de los médicos, de la Administración pública, de los jueces, o cuando

---

83 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", cit., pág. 196 (las cursivas son añadidas).

84 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Protección jurídica de la persona*", cit., pág. 96.

85 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Protección jurídica de la persona*", cit., pág. 182.

86 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Precisiones preliminares sobre el daño a la persona*", cit., págs. 183-184.

87 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño al proyecto de vida*", cit., pág. 55.

se habla, ridículamente, de "derecho genético". Por lo demás, cuando de verdad se presentó la necesidad de hacer referencia a una nueva categoría, en Italia se ha preferido un concepto médico-legal y no jurídico: el "daño biológico"[88].

Otro de los motivos por los que no es fiable esta tramoya, es porque trata de hacer creer que ha existido un debate, del cual habría salido victoriosa la categoría del daño a la persona.

Dicha polémica, que habría sido muy útil, jamás se ha producido. En la mayor parte de las obras de Fernández Sessarego no hay referencias a las críticas expuestas por De Trazegnies[89]. Solamente ha prestado atención a una denuncia de José León Barandiarán, y ha acogido una sugerencia de Carlos Cárdenas Quirós. El primero de estos autores tuvo oportunidad de manifestar su perplejidad –para muchos sacrosanta– frente a la inclusión de la voz "daño a la persona" en el artículo 1985 de nuestro Código Civil[90]; el profesor Cárdenas Quirós admite explícitamente el apócrifo discurso sobre el trasfondo filosófico de la categoría, la presunta perspectiva humanista, y contribuye a su desarrollo, con la propuesta de la denominación "daño subjetivo"[91].

Fernández Sessarego insiste en que el derecho privado ha sido objeto de una despatrimonialización[92], en pro de una visión personalista, digna de todos los elogios; y ello ya le ha valido un mentís de un autor de la talla de Pietro Rescigno, quien en algún congreso académico hubo de afirmar que "los derechos de la personalidad, en la acepción propia del derecho privado, presuponen relaciones interindividuales y nacen de conflictos de intereses en donde prevalecen –lo que no es menospreciable ni siquiera en un planteamiento «personalista»– implicancias de carácter patrimonial. El derecho privado se mantiene, en cierta medida, ligado a la dimensión del patrimonio individual, y en la apreciación de las actividades, del peligro que ellas puedan representar y del daño que puedan determinar, no logra prescindir de tal aspecto"[93].

Uno de los autores italianos más citados, y tergiversados, en la artificiosa argumentación filosófica que se critica es Francesco Donato Busnelli([94]).

---

88 La observación es de Francesco Donato BUSNELLI, "*Danno biologico e danno a la salute*", en *Tutela della salute e diritto privato*, pág. 8. La cita es de MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pág. 477.

89 Escuetamente, intenta alguna réplica en "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", págs. 212, 214-215.

90 LEÓN BARANDIARÁN, "*Responsabilidad extracontractual*" en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, *Código Civil*, VI, *Exposición de motivos y comentarios*, al cuidado de Delia REVOREDO, Okura Ediciones, Lima, 1988, pág. 807: "El mismo artículo [1985] habla de daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de «el daño a la persona»".

91 CÁRDENAS QUIRÓS, "*Apuntes sobre el denominado daño a la persona*", cit., págs. 111-112, 117 y sgtes.

La denominación ha sido acogida por ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, cit., pág. 274; ID., *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 160, quien pretende desarrollarla aun más, con la propuesta de la locución "daño objetivo". Pero a esta última ya había hecho referencia FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Protección jurídica de la persona*", cit., pág. 152.

92 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Protección jurídica de la persona*", cit., págs. 41 y sgtes.

93 RESCIGNO, Pietro, *Intervención* en el panel de comentaristas de las ponencias sobre "El derecho de las personas", en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, cit., pág. 243.

94 Véanse, si no, las páginas, nada originales y colmadas de erratas, de Gustavo ORDOQUI CASTILLA, "*Pautas y criterios para la avaluación judicial del daño a la persona*", en *Diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, del 12 al 16 de septiembre de 1994,

Pues bien, el profesor de la Escuela Superior "Santa Ana" de Pisa fija claramente su posición en los siguientes fragmentos:

> "El primado de los daños a la persona, el nuevo eje de tales daños, constituido por los «daños a la persona en sentido estricto», y el lugar central que ocupa esta nueva categoría la figura del daño a la salud, son el resultado de una doble «revolución», que no es peculiar de la experiencia italiana, sino que encuentra elementos de significativa concordancia, con particular referencia a los daños a la salud, en documentos internacionales y en tendencias legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales maduradas en ambientes con tradiciones jurídicas muy diversas"[95].

Esta "doble revolución" consistiría, por un lado, en "la superación de la relación entre daño al patrimonio (entendido como «suma de propiedades») y daño a la persona: una relación que por largo tiempo ha estado caracterizada por el seguro primado de la primera figura de daño, en la que había venido modelando el más conocido (y hasta ahora seguido) criterio de valorización del daño, que parte de la decimonónica *Differenztheorie*. El paso de la llamada economía estática a la llamada economía dinámica, y sobre todo, la intensificación de las ocasiones de daño a la persona en la sociedad industrial han acentuado la frecuencia y la gravedad de esta última figura de daño [...]; por otro lado, hay una "segunda «revolución» se encuentra en curso de desarrollo, al interior del concepto mismo de daño a la persona. Para Guido Gentile, esta figura se resolvía esencialmente en la «pérdida económica que deriva para el lesionado de una determinada modificación negativa de su capacidad de trabajo», de modo tal que «el ingreso es el parámetro del daño a la persona». Hoy la referencia, cada vez más insistente y compartida, al «daño a la salud» (o «daño biológico») y al daño a la identidad personal es válida para trasladar el «eje» del problema de un daño parametrado según el ingreso a un daño referido al «valor ser humano» en su concreta dimensión: valor que no es asimilable a la sola aptitud para producir riqueza, sino que se liga a la suma de las funciones naturales (las cuales tienen relevancia biológica, social, cultural y estética, en relación con las distintas

---

WG Editor, Lima, 1995, t. II, págs. 411 y sgtes. Este autor uruguayo mezcla las citadas opiniones de BUSNELLI, que asimila íntegramente, con elementos de su propia invención (pág. 414): "la persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene, y puede obtener, sino por lo que es, y en la integridad de su proyección debe jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad". Como si fuera poco, se reproduce un juicio de Guido GENTILE, sin citarlo, (pág. 438): "La valorización del daño a la persona constituye sin lugar a dudas el tema más importante y grave dentro del denominado Derecho de Daños".

95 BUSNELLI, "*Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*", en "Rivista critica del diritto privato", año V, 1987, pág. 30. Una versión resumida de este importante ensayo fue presentada como ponencia ("*La tutela civil de la persona humana: Una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano*") al Congreso *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1988, cuyas actas fueron publicadas por Cultural Cuzco Editores en 1990.

En su ponencia citada (pág. 51), el profesor BUSNELLI destaca, con justicia: "El artículo 17 [del Código Civil peruano de 1984] a pesar que en su formulación definitiva ha perdido parte de aquella fuerza innovativa que Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO le había impreso en el proyecto preliminar, permanece todavía como una norma importante. Es, según me consta, la primera vez que un código otorga un alcance general a la acción inhibitoria en el cuadro de la tutela de los derechos de la personalidad, modificando la tradición codificadora –a la cual se uniforma también el vigente Código civil italiano– que concibe dicha acción como remedio ocasional y no siempre referido a la tutela de la persona".

Estas consideraciones tienen que ver con el esquema original de protección de la persona que FERNÁNDEZ SESSAREGO proyectó cuando fue integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1936, lamentablemente alterado en las revisiones previas a la aprobación del texto final.

variables ambientales en las que se desenvuelve la vida, y no sólo a la económica) concernientes al sujeto"[96].

Como se aprecia, Busnelli se limita a constatar un hecho: la importancia cobrada por la cuestión de los daños a la persona en las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia. Ello es bien distinto de defender una falsa visión histórica o de pretender imponer una terminología en el medio italiano. Por si existieran dudas, Busnelli concluye que el sistema italiano de resarcimiento de los daños a la persona en sentido estricto se organiza en dos modelos: el de "los daños patrimoniales (que constituye la categoría general de daños contemplada, sin límites, en el artículo 2043, y resultante de una revisión de los tradicionales esquemas restrictivos de la patrimonialidad) y el modelo de los daños no patrimoniales (que constituye una categoría especial de daños, dominada por el principio de tipicidad contenido en el artículo 2059 e influenciada por la vinculación de dicha norma con el artículo 185 del Código Penal, que conduce a identificar la figura principal, pero no necesariamente exclusiva, de dichos daños en los daños morales subjetivos"[97].

Como se aprecia, el autor citado no pierde de vista la clasificación que, para bien o para mal, ha sido adoptada por el legislador italiano de 1942.

Con mucha mayor autoridad que la mía, se ha destacado que es innecesario crear una especie adicional de daño, denominada "daño a la persona": "En Derecho, las categorías son fundamentalmente operativas; se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. Pero la categoría «daños a la persona» no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría «daño moral» (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago o impreciso)"[98].

Todo ello es cierto.

La consecuencia de la informalidad legislativa que devino en la inclusión accidentada, y por lo mismo reversible, del "daño a la persona" en el Código Civil peruano es que tenemos un sistema con tres tipos de daño: el de nuestra cláusula normativa general (artículo 1969: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"); el daño moral (artículo 1984: "El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia") y el daño a la persona (artículo 1985: "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona, debiendo existir 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").

## 8. ALTERNATIVAS DE INTERPRETACIÓN SEGÚN LA REGULACIÓN VIGENTE.

---

96 BUSNELLI, "*Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*", cit., págs. 28-29. El último enunciado citado corresponde a la sentencia de la Corte di Cassazione italiana, n. 2396, del 6 de abril de 1983, y no tiene nada que ver con ninguna evolución de pensamiento filosófico.

97 BUSNELLI, *op. ult. cit.*, pág. 42.

98 DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pág. 110.

Como primer punto, hay que determinar qué clasificación de daños es la seguida por el Código Civil peruano.

La respuesta está a la vista: no es la distinción alemana (e italiana) entre daños patrimoniales y no patrimoniales, sino la francesa, y a medias.

Ya en el anteproyecto de De Trazegnies para la "responsabilidad civil no derivada de acto jurídico" (artículo 18) se establecía que "Sólo excepcionalmente el juez considerará el daño moral para efectos de establecer la procedencia de la indemnización y para fijar el monto de ésta", y se le excluía "en todos los casos sometidos al régimen de seguro obligatorio". El autor citado exponía en favor de la regulación propuesta que "en estos casos, ante la falta de una prueba precisa del daño material, pero teniendo el juez la convicción firme de que éste se ha producido dada la naturaleza de los hechos, puede utilizar la noción de daño moral para compensar discrecionalmente aquello que, si bien es teóricamente susceptible de ser valorizado, resulta imposible de ser calculado en la práctica. Solamente por este motivo el anteproyecto conserva, por lo menos para situaciones excepcionales, la obligación de reparar el daño moral. Pero queda sujeto a la apreciación del juez de acuerdo a las siempre cambiantes circunstancias y valoraciones sociales"[99].

En el artículo 351, en materia de disolución del vínculo patrimonial, se prevé que "si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral"[100].

Pero al dedicarse una norma específica al daño moral uno podría pensar que se está admitiendo, a todas luces, que esta figura tiene características que imponen distinguirlo del daño común y corriente, es decir, del daño al que se hace referencia en nuestra cláusula normativa general. Sin embargo, esta interpretación sería errada, porque el artículo 1984 no tiene ningún propósito clasificatorio, sino más bien práctico.

Porque la diferenciación no se formula en términos categóricos (de aquí que considere que se ha asumido "a medias" el esquema francés). La única precisión que se hace en el artículo 1984 tiene que ver con criterios que deben ser observados por el juez al fijar el monto que recibirán los damnificados por concepto de daño moral. En la norma se impone al juez atender a la magnitud del daño y el menoscabo producido a la víctima o a la familia de ésta.

El artículo 1984 no dice "también es resarcible el daño moral", ni tampoco que "el daño moral también debe ser indemnizado".

El texto de la norma es ininteligible, en no menor medida que los comentarios de José León Barandiarán a todo el libro de la responsabilidad extracontractual del Código Civil

---

99 DE TRAZEGNIES GRANDA, "*De la responsabilidad civil no derivada de acto jurídico*", cit., pág. 414.

100 En CAS. N°. 373-95 se lee: "Si bien se ha probado la causal de adulterio, no corresponde la reparación del *daño moral* del cónyuge inocente si no se acredita que los hechos comprometen gravemente su interés personal". La Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, por su parte, ha tenido oportunidad de expresar que "Existe legítimo interés personal, como cónyuge inocente, por haber sido víctima precisamente de los actos de violencia que configuran una de las causales de divorcio previstas en la ley" (Exp. 382-98, Resol. del 30 de abril de 1998); y que "a pesar de que el artículo 351° del Código Civil dentro del Capítulo de Divorcio, también puede ser aplicado para establecer el daño moral que provoque el demandado a su cónyuge e hijo al haber promovido una desestimada acción de negación de paternidad de su hijo habido dentro del matrimonio" (Exp. 1152-98, Resol. del 2 de julio de 1998).

peruano. ¿Qué cosa significa atender a la magnitud del daño moral? ¿Acaso que solamente merecen ser satisfechos los grandes sufrimientos? Nada nos guía en la búsqueda del sentido del texto, pero da la impresión de que en él se exigiera, precisamente, un grado de relevancia del daño, para efectos del reconocimiento de su resarcibilidad. Igual de oscura es la segunda parte de la norma; pero atender al "menoscabo producido a la víctima o a su familia" puede significar que únicamente los familiares –y será necesario delimitar el ámbito de este concepto– están legitimados para percibir el monto judicialmente asignado a título de daño moral[101].

Con todo, no existiría sino una limitación de carácter secundario (relativa a los legitimados a demandar el daño moral) en nuestro artículo 1984. Por ello es forzoso, y conforme a la lógica, aceptar que nos hallamos totalmente al margen del debate italiano sobre las limitaciones al resarcimiento del daño no patrimonial; y por lo tanto, que también somos ajenos a todas las voces creadas en dicho medio para paliar sus deficiencias legislativas.

Nuestro sistema, al menos en lo tocante al daño moral, porque no pueden callarse sus no pocas imperfecciones, es intachable.

"¡Pero también está el daño a la persona, y a renglón seguido!"– se me podría replicar[102].

En principio, creo que es suficiente recordar la abrupta incorporación de esta expresión importada para descalificarla de elenco de las voces de un derecho de la responsabilidad civil que tenga como base el Código Civil peruano.

---

101 TABOADA CÓRDOVA, *Elementos de la responsabilidad civil*, cit., págs. 58-59, postula que "daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc.". Para avalar su posición, llama en causa el art. 215 del Código Civil, relativo a la intimidación como vicio de la voluntad, donde se permite al juez decidir la anulación, según las circunstancias, cuando la amenaza ha sido dirigida a "otras personas o bienes" (ni familiares, ni bienes de familiares).

La interpretación es errónea, porque la interpretación sistemática no puede conducir a alterar los presupuestos de las dos instituciones confrontadas: en el caso de la intimidación se busca anular los efectos de un negocio jurídico que no se habría celebrado de no haber existido la amenaza (la amplitud de las personas y bienes amenazables aspira a proteger íntegramente la esfera del contratante intimidado); en cambio, el daño moral, por su propia naturaleza y elaboración histórica, debe ser reconocido en la esfera de unos pocos, porque redundará siempre en una imposición patrimonial al responsable, y hay que procurar que ella sea justa.

102 El mismo TABOADA CÓRDOVA afirma, correctamente esta vez (*Elementos de la responsabilidad civil*, cit., pág. 63): "Nos parece muy interesante la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente. Más aun, la regulación del Código Civil peruano mantiene la diferencia entre ambas categorías de daños, lo que significa que hoy por hoy no podemos adherirnos a la posición que sostiene que el daño moral debe desaparecer para referirnos solamente al daño a la persona. El hecho que sea muy difícil probar el daño moral y cuantificarlo no significa que deba ser eliminado como categoría de daño jurídicamente indemnizable". El parecer ha recibido la adhesión de ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pág. 161.

Por mi parte, "*Consideraciones sobre los daños por homicidio*", cit., pág. XXXI, he señalado que el texto del artículo 1985 admite dos interpretaciones: *a*) Las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño comprenden únicamente el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; y *b*) Las consecuencias que derivan de la acción u omisión generadora del daño son "*x, y, z*" (no sabemos cuáles, porque el texto no lo señala), pero, "además", hay que incluir el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Si se acepta la primera interpretación, contra toda lógica, queda fuera del ámbito de los daños susceptibles de indemnización el mismo "daño emergente". Sólo la segunda, entonces, a pesar de no ser satisfactoria, es admisible.

Como si no bastara, el artículo 1985 es un cajón de sastre donde se ha hecho espacio a todo lo que se le olvidó al legislador en el resto de la normativa. Es en esta norma donde encontramos, además del daño a la persona, la teoría de la "causalidad adecuada". Todos los que conozcan la materia saben que la causalidad se analiza en la parte general de la responsabilidad civil. Aquí también es donde se establece que el hecho generador del daño puede consistir en una omisión.

Sólo que, desde luego, nadie habría echado de menos el daño a la persona; como sí habría ocurrido, seguramente, con la teoría de la causalidad acogida en materia.

Una forma de resolver el problema es la asumida, implícitamente, por los redactores de las máximas jurisprudenciales citadas. En perfecta coherencia con el estado de la cuestión durante el Código Civil de 1936, los magistrados de la Corte Suprema demuestran seguir razonando en función, exclusivamente, del daño moral. No tienen ningún problema en reconocer el daño a la persona, pero no es necesario nominarlo, porque puede asumirse, sin problemas, que las lesiones a la integridad psicofísica están incluidas en el daño moral, como en Francia y en la tradición del derecho civil peruano, o bien en la cláusula normativa general de la primera parte del artículo 1969, que no distingue entre tipos de daño.

Esta forma de proceder es la típica, y sempiterna, sanción que se aplica a las normas privadas de lógica. Ignorarlas en la aplicación práctica es una forma legítima de descalificarlas. El mismo fenómeno se verifica respecto de la normativa del Código Procesal Civil dedicada a la responsabilidad civil de los jueces.

Pero si tenemos que convivir con la expresión, hay que entenderla, simplemente, como una reiteración, como un pleonasmo, de la naturaleza resarcible del daño a la integridad psicofísica.

## 9. CÓMO NO HACER LAS LEYES CIVILES: EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ARGENTINO DE LA COMISIÓN ALTERINI.

Una de mis mayores sorpresas ha sido constatar en múltiples trabajos de estudiosos peruanos referencias al Proyecto de Código Civil argentino elaborado por una comisión presidida por Atilio Aníbal Alterini, e integrada por Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman[103].

Se trata de una mole de más de 2,500 artículos, que su promotor presenta como "el resultado de coincidencias" a las que los redactores han llegado "luego de fructíferos debates, en los cuales se depuso siempre el preconcepto personal en aras de soluciones" que se han procurado adecuar "a los criterios de racionalidad y de justicia".

Ya he tenido oportunidad de referirme a los defectos de este documento, en especial por su presentación en forma de tratado, excesivo en definiciones[104], y contrariamente a los

---

103 El texto se puede consultar vía Internet: http://www.alterini.org.

104 Paradójicamente se recuerda a JAVOLENO, pero para contradecirlo: "No hemos vacilado en incluir las definiciones que consideramos necesarias. Algunos suelen recordar a Javoleno (11 *epist*., en *Digesto*, 50, 17, *De regulis juris,* 202), quien sostuvo que «en Derecho civil toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada». Ese argumento de autoridad queda desvirtuado, por lo pronto, porque el Código Civil [argentino] emplea frecuentemente definiciones; y éstas tienen contenido normativo cuando también se prevé una consecuencia de Derecho vinculada a ellas, como en el caso de los artículos 523 y 524, que

términos de Alterini, favorable a su particular visión de las instituciones del derecho civil, invariablemente caracterizada por el análisis superficial, cuando no por la mera reseña. Él mismo tiene escrito que "las meras abstracciones, aunque estén dotadas de belleza argumental, suelen ser irrelevantes para la obtención de soluciones justas"[105]. Sin embargo, en su Proyecto se dice, sin nada de belleza, que "son personas jurídicas todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones" (artículo 138); o, sin nada de coherencia, que "son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, trátese de adquirir, modificar o extinguir derechos" (artículo 250); o, sin nada de discreción legislativa, que "las escrituras públicas son los instrumentos matrices extendidos en el protocolo de los escribanos públicos o de otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos" (artículo 275); o, sin nada de técnica legislativa, que "puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones" (artículo 327, 1er. párrafo).

En el tema que nos interesa, destacaré que hay un artículo en materia de bienes propios de cada uno de los cónyuges (artículo 477) donde se excluyen de este rubro "las indemnizaciones por daño *extrapatrimonial* causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales"; en otro, incluido en la normativa sobre la separación judicial (artículo 525), se establece: "si la separación se decreta por culpa exclusiva de uno de los cónyuges, éste puede ser condenado a reparar los *daños materiales y morales* que la separación causó al cónyuge inocente. La demanda por daños sólo es procedente en el mismo proceso de separación. –Los daños provenientes de los hechos ilícitos que constituyen causales de separación son indemnizables".

---

definen a la obligación accesoria y a los accesorios de la obligación, en tanto el artículo 525 asigna la correspondiente imputación normativa. En la nota al artículo 495 del Código Civil, Vélez Sársfield admite la definición, con tal «que sea legislativa, es decir, que tenga por objeto restringir la significación del término de que se sirva a las ideas que reúnan exactamente todas las condiciones establecidas en la ley». En el Derecho moderno las definiciones son de rigor, no sólo en las normas de origen anglonorteamericano que rigen los negocios internacionales, sino también en el Derecho continental europeo; «no se citará un ejemplo de una sola legislación civil, sin excluir las más adelantadas y recientes, que no contenga una serie de definiciones legales» (COLMO). Las palabras propias del lenguaje natural suelen adolecer de ambigüedad y de vaguedad y, cuando son empleadas en la ley, trasiegan esas fallas: el dolo, por ejemplo, está definido implícitamente en el artículo 1072 del Código Civil (acto obrado a sabiendas y con intención de dañar), pero es también mencionado, sin definirlo, por el artículo 506; esta omisión ha dividido a la doctrina entre quienes creen que se trata de una única figura, quienes consideran suficiente la intención deliberada de no cumplir, y quienes lo asimilan a la malicia. Una definición apropiada, esto es, la «proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial» (Diccionario de la Lengua Española, 2ª acepción), clarifica la ley, evita los disensos inútiles y brinda certeza, afirmando de tal modo la seguridad jurídica".

105 ALTERINI, Atilio Aníbal, "*La legislación desinsexatoria en la Argentina: Virtualidad de los intereses como mecanismo alternativo de ajuste*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 25, Lima, 1993, pág. 118.

Hasta este punto ya se confundieron las clasificaciones francesa y alemana. Pero en el artículo 1600, los redactores del documento, sin recordar cuanto han escrito antes –acaso por el número de páginas acumuladas– dan rienda suelta a sus ambiciones magisteriales:

"*a*) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables.

*b*) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida[106], perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas.

*c*) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto.

*d*) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona.

*e*) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso".

En el artículo 1601 se consideran "daños reparables": "el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable".

En la definición del daño extrapatrimonial se equipara el daño al proyecto de vida al daño a la salud, es decir, al daño a la persona en sentido estricto (lesión de la integridad física y psíquica); luego se añade que también está comprendido en este rubro "el daño a la libertad, a la dignidad personal...", que es también daño a la persona, aunque en sentido amplio (lesión de derechos de la personalidad), y por último, "cualesquiera otras afecciones legítimas", que es una expresión con la que el repertorio queda abierto.

---

106 En el artículo 968 del citado documento se lee que forman parte de las "estipulaciones prohibidas en los contratos predispuestos" aquellas que "limitan la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida" (¡!).

Yo no creo que ningún predisponente de un contrato, a menos que tenga a la mano un manual de "derecho de daños" del profesor ALTERINI, se vea tentado a anotar en su formulario una exoneración de responsabilidad "por daños al proyecto de vida".

Según FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño a la persona en el Código Civil de 1984*", cit., pág. 202, el daño al proyecto de vida, "el acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación", es "el más grave daño que se puede causar a la persona"; en otras palabras, no es el único. Pospongo, para una nueva ocasión el análisis de esta figura, que constituye un interesante desarrollo de la doctrina del jurista peruano.

(*Nota de actualización*) El análisis del "daño al proyecto de vida" se desarrolla en mi trabajo "*Equívocos doctrinales sobre el daño moral*", ahora en el presente volumen, *infra*, parte tercera, capítulo IV, especialmente, § 7.5. Véase también la *Nota* sobre los trabajos incluidos en este libro, *infra*, Apéndices, V, § 6.

Y si la intención de Alterini y los suyos fue dejar a un lado el daño moral, no lo han logrado: en primer lugar, porque ya lo mencionaron en otros lugares del proyecto; en segundo lugar, porque el daño moral puede ser considerado, justamente, como una afección legítima.

Es ocioso dedicar espacio a comentar un Proyecto como éste, que como ya he tenido oportunidad de señalar, es del todo prescindible en una eventual reforma del Código Civil peruano[107], ahora reactivada mediante la Resolución Ministerial N.° 460-2002-JUS. Pero además de sus falencias, no se le puede dejar de reprochar su infidelidad.

Infidelidad porque los doctores Atilio Aníbal y Jorge Horacio Alterini, así como Julio César Rivera han participado en congresos académicos peruanos, en los cuales, al lado de sus demás paisanos, entre los que destacaba Jorge Mosset Iturraspe, no cesaban en halagar las virtudes de la doctrina del daño a la persona, cuando no la "persona" de Carlos Fernández Sessarego. No hay visos de esta categoría en ni una sola de las líneas del voluminoso Proyecto. Atrás parecen haber quedado los tiempos en que se escribía: "siempre en el centro de la cuestión está y debe estar la persona humana, que es un dato biográfico antes bien que un concepto biológico, que es exaltada en el nuevo Código Civil peruano, y cuyos contornos conceptuales han sido magníficamente delineados por el Maestro Carlos Fernández Sessarego. Muchas veces se lo pierde de vista, en discusiones plagadas de desconceptos, que derivan, seguramente, de que los debates en profundidad sobre las relaciones del Derecho, el Estado, la Economía y el Hombre, se habían ido desvaneciendo, y ahora han sido puestos en el primer plano por las urgencias que derivan de la instalación de las economías de mercado"[108]; o que "la idea promisoria y fecunda del daño a la persona fue defendida en Perú por un jurista de primera línea, el profesor de la Universidad de Lima, don Carlos Fernández Sessarego, y de allí se extendió a toda América"[109].

Para tener una idea de la falta de coherencia de Mosset Iturraspe, basta consultar las primeras páginas de su volumen sobre el daño moral. Allí leemos que "el denominado «daño moral» [...] o «agravio moral» [...] no repercute en la conciencia sino en el patrimonio" (¡!), y a renglón seguido, que el daño moral "es rigurosamente un daño a la persona extrapatrimonial" (¡!)[110].

---

107 En mi *Nota preliminar* a ALPA, Guido y otros, *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, ARA Editores, Lima, 2003, pág. 37, nota (6).

108 ALTERINI, Atilio Aníbal, "*Caso fortuito y falta de culpa en el Código Civil peruano de 1984*", en *Diez años del Código Civil*, cit., t. II, pág. 402.

109 MOSSET ITURRASPE, "*El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad*", en "Revista de derecho privado y comunitario", 1, *Daños a la persona*, Santa Fe, 1992, págs. 22-23.

FERNÁNDEZ SESSAREGO ("*El daño al proyecto de vida*", cit., págs. 62-63) ha correspondido con expresiones de este tenor: "[...] compartimos a plenitud el pensamiento de MOSSET ITURRASPE cuando sostiene que la expresión daño moral «es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas». Obviamente, en este caso, el maestro argentino se refiere a aquellas tradiciones [...] que han perdido vigencia pues han surgido nuevas formas o modalidades de conductas humanas intersubjetivas diversas, sustitutorias o de signo contrario". Pero los halagos del argentino desaparecen en su obra *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., págs. 18-19.

110 MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., págs. 10 y 11. Y allí (págs. 11-12) insiste en que "La perseverancia en el uso de la expresión «daño moral», pese a ser incorrecta, equívoca, verdadera antigualla, sólo encuentra justificación en el respeto por la tradición jurídica, por aquello que ha logrado una enorme difusión, un uso generalizado".

Pero ahora resulta, además, que Mosset Iturraspe ha condenado el texto propuesto por sus colegas, y es renuente a erradicar las "antiguallas" de su propio Código Civil, entre otras razones, porque le "parece extraño que el Proyecto no recuerde para nada el proceso de codificación de Perú". Y el doctor Alterini le responde con este incómodo mentís (incómodo y vergonzante para los estudiosos del derecho de nuestro país):

> "Le hago saber que el gobierno peruano, a través del Congreso de la República, va a entregar a los firmantes del Proyecto argentino la *Medalla del Congreso*. Que la Comisión reformadora del Código Civil peruano, que viaja a tal efecto a Buenos Aires, ha expresado en sus sesiones, y públicamente, la importancia del Proyecto argentino, estimando que, de convertirse en ley, será un Código *de vanguardia*. Que en agosto se llevará a cabo en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa –con los auspicios, entre otros, del Congreso de la República del Perú y de la Corte Superior de Justicia– un multitudinario Congreso Internacional para comparar las tareas recíprocas"[111].

Y sin embargo, fue precisamente en Argentina, hacia 1992, donde Aída Kemelmajer de Carlucci, con una agudeza superior a la de todos los autores citados, se preguntaba, con verdadero sentido común, si servía al derecho argentino esa "creación pretoriana" de la jurisprudencia italiana que es el daño a la persona, entendido como daño a la salud, y limitaba los objetivos de su importante aporte, pleno de inapelables referencias históricas y jurisprudenciales, al logro de un replanteamiento de la "problemática del daño sicofísico a la persona, la posibilidad de modificar los criterios tremendamente restrictivos en materia de legitimación del daño moral y el auxilio que la informática puede prestar a la magistratura [argentina] para evitar criterios tan dispares en al indemnización de daños análogos"[112].

Con la misma agudeza hay que preguntarnos si sirve al derecho peruano ese "daño a la persona", y la respuesta, por cuanto no tenemos los problemas y limitaciones del ordenamiento jurídico argentino (especialmente los que derivan de un Código Civil decimonónico, que se presta a las más coloridas interpretaciones), es negativa.

## 10. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

La expresión "daño a la persona", sacada de su entorno italiano de formación y desarrollo y accidentadamente incluida en el lenguaje jurídico y en el Código Civil peruano, es repetitiva e inútil.

---

111 Todas estas pedanterías se pueden leer en su escrito "*¿No a la reforma? ¿No a esta reforma? Sobre ciertas críticas al Proyecto de Código Civil de 1998*", que también se puede consultar en http://www.alterini.org. Desconozco si semejantes condecoraciones, inmerecidas y envanecedoras, se han concretizado.

112 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "*El daño a la persona. ¿Sirve al derecho argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana?*", en "Revista de derecho privado y comunitario", 1, *Daños a la persona*, Santa Fe, 1992, págs. 69 y sgtes.

MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, cit., pág. 18, responde a la misma pregunta con estas palabras: "[...] la evolución pretoriana de la jurisprudencia italiana ha venido a iluminar, tanto en nuestro país como en Latinoamérica una concepción enriquecedora del «daño a la persona», mucho más generosa y rica que la esquemática del daño moral = sufrimiento".

La llamada "guerra de etiquetas", desatada desde la promulgación del Código Civil de 1984, ha hecho perder de vista una tarea de mucho mayor importancia, que siempre ha ido de la mano con el tema del daño moral, cual es la de perfeccionar la técnica para su cuantificación.

Es a este último objetivo que deberían dedicarse los modernos estudios de responsabilidad en el Perú.

## CAPÍTULO IV

# EQUÍVOCOS DOCTRINALES SOBRE EL DAÑO MORAL (A PROPÓSITO DE UN RECIENTE ARTÍCULO)(*)

**CONTENIDO**: 1. Introducción.- 2. Cuestionamientos al daño a la persona en sus inicios: crítica de José León Barandiarán.- 3. Cuestionamientos al daño a la persona en sus inicios (sigue): crítica de Fernando de Trazegnies Granda.- 4. Precisiones conceptuales de Carlos Cárdenas Quirós.- 5. Opinión de Lizardo Taboada Córdova.- 6. Aportes de Juan Espinoza Espinoza.- 7. Posición persona: reafirmación de la inutilidad del daño a la persona y de la funcionalidad del daño moral. 7.1. Balance preliminar: la plena operatividad del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano. Discrepancias respecto del discurso sobre el "daño subjetivo". 7.2. Premisa: la perspectiva funcional de la responsabilidad civil en la obra de Gastón Fernández Cruz. 7.3. La consideración de la satisfacción dineraria por *pretium doloris* como pena privada o sanción civil indirecta en la reciente doctrina italiana. 7.4. La indiscutible y conveniente vigencia del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano. 7.5. Breves consideraciones sobre el llamado "daño al proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.- 8. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN.

---

(*) Agradezco a los profesores Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, Carlos RAMOS NÚÑEZ, Gorki GONZALES MANTILLA, Miguel TORRES MÉNDEZ, Freddy ESCOBAR ROZAS, Eric PALACIOS MARTÍNEZ y Rómulo MORALES HERVIAS, mis apreciados amigos, por sus comentarios útiles sobre el mejor modo de plantear los problemas de los que trato en el presente estudio, por sus consejos, por su siempre buena disposición para el intercambio de ideas, discrepantes o coincidentes, y por el aliento que me brindan, a la distancia, en mis trabajos académicos.

Juana María IBÁÑEZ RIVAS me dio información valiosa para la redacción de la parte relativa a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aristóteles (*Ética Nicomáquea*, lib. I, cap. III) enseña: "debe parecer bien y mirarse como un verdadero deber de nuestra parte el que, en obsequio de la verdad, hagamos la crítica de nuestras propias opiniones, sobre todo cuando nos preciamos de ser filósofos; y así, entre la amistad y la verdad, que ambas nos son caras, es una obligación sagrada dar la preferencia a la verdad".

"*Amicus Plato, sed magis amica veritas*", como reza el aforismo[1].

Quienquiera que lea las recientes y abundantes páginas, con todo sesudas y de magnífica facción, que el profesor Carlos Fernández Sessarego ha dedicado al "deslinde conceptual" entre el daño moral, el daño a la persona y el daño al proyecto de vida[2], puede hacerse una impresión peligrosamente falaz.

En efecto, lo que de desinformativo[3] tiene el discurso del ilustre autor es la comunicación a los lectores de un panorama aparentemente inerte[4], y por lo mismo desolador,

---

1 Inolvidable el pasaje del *Quijote*, 2ª. parte, cap. 51 (*Carta de don Quijote de la Mancha a Sancho Panza, gobernador de la ínsula Barataria*): "Un negocio se me ha ofrecido, que creo que me ha de poner en desgracia destos señores; pero aunque se me da mucho, no se me da nada, pues, en fin en fin, tengo que cumplir antes con mi profesión que con su gusto, conforme a lo que suele decirse: *amicus Plato, sed magis amica veritas*. Dígote este latín porque me doy a entender que después que eres gobernador lo habrás aprendido. Y a Dios, el cual te guarde de que ninguno te tenga lástima".

2 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", en "Foro jurídico", año I, núm. 2, Lima, 2003, págs. 15 y sgtes., y en "Revista jurídica del Perú", año LIII, núm. 50, Trujillo, 2003, págs. 3 y sgtes. En adelante, cito la segunda de las dos versiones.

3 Me alegra, de todas formas, y para anotarlo con su mismo estilo, que, en el 2003, FERNÁNDEZ SESSAREGO, pág. 17, "coincida conmigo", o "me dé la razón", al menos formalmente, en lo tocante al rechazo del último grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil, el llamado *danno esistenziale* ("daño existencial"): "la tercera observación que proponemos versa sobre la inutilidad de la reciente creación por la doctrina italiana, y acogida por la jurisprudencia, del «daño existencial». Este daño pretende cubrir todas las lesiones que acarrean consecuencias no patrimoniales que no se encuadran dentro del estricto, histórico y tradicional concepto de «daño moral». Al respecto advertimos que todos estos daños de consecuencias no patrimoniales se encuentran incluidos dentro del amplio concepto de «daño psicosomático» que, como se ha referido, conforma una de las dos categorías que, desde nuestro punto de vista, integran el «daño a la persona». Por lo expuesto, no encontramos razón alguna para pretender la creación de una categoría autónoma de daños bajo la ambigua denominación de «daño existencial». En efecto, los «daños existenciales», no estrictamente considerados como daños «morales» en el lenguaje tradicional, son daños psicosomáticos, de carácter predominantemente psíquico".

Mi posición, contraria al daño existencial, consta en LEÓN, Leysser L., "*El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?*", en "Ius et Veritas", año XI, núm. 22, Lima, 2001, págs. 48 y sgtes.; ID., "*Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (mobbing)*", en "Proceso & Justicia", núm. 3, Lima, 2002, págs. 177 y sgtes. Ambos trabajos están incluidos en el presente volumen: *retro*, parte tercera, capítulo I, e *infra*, parte cuarta, capítulo III.

Como ha escrito, hace poco, Giovanni COMANDÉ, "*Il danno esistenziale e il «diritto pigro»*", en *Critica del danno esistenziale*, al cuidado de Giulio PONZANELLI, Cedam, Padua, 2003, pág. 76, "el daño existencial es el resultado de un «derecho ocioso» que no quiere realizar completamente su trabajo, y el fruto de requerimientos resarcitorios que no quieren hacer, en el caso concreto, los esfuerzos necesarios en lo relativo a las pruebas y a la argumentación, así como de sentencias que no tienen el coraje que se veía en los mejores tiempos de la jurisprudencia [italiana]".

Lo paradójico es que estas atrofias en el plano resarcitorio –lúcidamente advertidas por los censores del daño existencial, como Francesco Donato BUSNELLI, Francesco GAZZONI, Giulio PONZANELLI, Emanuela NAVARRETTA, además de COMANDÉ– resultan promovidas, en definitiva, por la postulación de teorías como la del "daño al proyecto de vida" (véase *infra*, § 7.4).

de los estudios en nuestro medio en materia de responsabilidad civil, especialmente en cuanto concierne a la noción de "daño".

Para anotarlo en otras palabras, las personas que consulten el artículo citado podrían pensar, de buena fe, que lo allí escrito representa con fidelidad el estado actual de la doctrina nacional sobre tan delicado punto.

Lamentablemente no es así.

Lo real es que desde los orígenes del respetabilísimo magisterio de Fernández Sessarego sobre el "daño a la persona" –figura cuya inutilidad legislativa y equivocidad conceptual he demostrado en otro lugar[5]– los civilistas de nuestro país han efectuado avances interpretativos y formulado objeciones que, *per amore di completezza*, no se pueden ignorar, y que la honestidad intelectual exige tener en cuenta en todo trabajo de investigación serio al respecto.

Por dicha razón, y apropiándome del título de un verdadero clásico del derecho civil italiano[6], me he propuesto trazar un cuadro global, si bien breve, sobre el "debate" –lo llamaré

---

De la corriente actual favorable al daño existencial es de citarse, por repetir los mismos argumentos endebles y desatendibles de siempre, Marco BONA, voz "*Danno esistenziale*", en *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, *Aggiornamento*, 2, t. I, Utet, Turín, 2003, págs. 654 y sgtes.

4 Cualidad que uniforma, inconfundiblemente, a los partidarios de la "escuela" de la inercia, cuyos rasgos he esbozado en mi ensayo "*La reforma del Código Civil vista en serio*", en "Normas Legales", tomo 327, vol. II, Trujillo, agosto del 2003, págs. 3 y sgtes.

Tenía razón el juez Benjamin N. CARDOZO, "*Law and Literature*", en "Yale Review", vol. XIV, 1925, págs. 699-670, cuando destacaba que "*a commoner attitude with lawyers is one, not of active opposition, but of amused or cynical indifference*".

Para no recaer en lo común, entonces, habría que preguntar a los perfectos desconocidos, que escriben, ridículamente y ubicándose más allá del bien y el mal, que en nuestro medio existen "abogados, juristas, magos y chamanes", en "Legal express", año 3, núm. 31, Lima, julio del 2003, pág. 10, ante todo, en cuál de las categorías mencionadas se autoreconocen.

Predictiblemente, y por cuanto el rótulo de abogado lo otorga la mera propiedad de un título profesional y de una colegiatura, será necesario añadir a tan chistosa nomenclatura –imposibilitados de clasificar a su autor, con su misma arbitrariedad, en alguna de las otras tres especies– el gremio de los "don nadie" del derecho, huérfanos de interlocutores y de ideas.

5 LEÓN, Leysser L., "*Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*", en "Revista peruana de jurisprudencia", año 5, núm. 23, Trujillo, 2003, págs. I y sgtes.

6 OSTI, Giuseppe, "*Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*", en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", año VIII, 1954, págs. 593 y sgtes. Mi traducción al castellano forma parte de los materiales de enseñanza de Gastón FERNÁNDEZ CRUZ en la Maestría con mención en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Giuseppe OSTI (1885-1963), profesor ordinario de Instituciones de Derecho Privado (1931-1950) y de Derecho Civil (1950-1961) en la Universidad de Bolonia, participó en la redacción del Código Civil italiano de 1942, y es considerado el padre de la responsabilidad objetiva por incumplimiento de obligaciones, doctrina a la que dedicó su más importante estudio: "*Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*", en "Rivista di diritto civile", año X, 1918, págs. 209 y sgtes., 313 y sgtes., 417 y sgtes., cuyos rastros parecen evidentes en la redacción del articulado en materia del citado cuerpo normativo.

Sin embargo, una vez promulgado el Código, autores de la talla de Lodovico BARASSI, Francesco MESSINEO y Luigi MENGONI, formularon objeciones a la interpretación ostiana, es decir, a la interpretación "oficial", autorizada y aparentemente irrefutable. Para desvirtuar todos estos "equívocos" o "desvíos" doctrinales frente a su magisterio, OSTI escribió el artículo al que hago referencia.

En el 2000 conocí, en Roma, a Massimo BIANCA, quien como Michele GIORGIANNI (1915-2003), ilustre civilista fallecido hace poco, puede preciarse de haber liquidado las doctrinas ostianas, a través de su obra

así, aunque con escritos como el comentado se cierren, irrazonablemente, las puertas al diálogo– en torno del daño moral en el Perú, y demostrar, una vez más, lo que tiene de errada la visión de esta figura que es propuesta por un sector de nuestra doctrina.

## 2. CUESTIONAMIENTOS AL DAÑO A LA PERSONA EN SUS INICIOS: LA CRÍTICA DE JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.

José León Barandiarán (1899-1987), autor de los comentarios al articulado del Código Civil vigente[7] en materia de responsabilidad extracontractual no dudó en pronunciarse, tempranamente, contra la expresión "daño a la persona".

Comentando la nueva normativa de 1984, el profesor sanmarquino escribió: "el artículo 1985 dice que la indemnización comprende las consecuencias que deriven del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Así pues, se consagra la regla de la reparación integral en favor de la víctima; no obstante, se tiene cuidado al prevenir que debe existir una relación de causalidad adecuada al daño en cuanto a los eventos nocentes; así, pues, no se responde por eventos meramente fortuitos, casuales, que no tienen ese carácter de causalidad necesaria a que se refiere el artículo 1985. El mismo artículo habla del daño moral, pero el asunto se trata en el artículo 1984. *No se explica por qué en el artículo 1985 se habla usándose el giro de «daño a la persona»*, por lo que se explica la sorpresa de Trazegnies cuando trata de este asunto"[8].

---

"*Dell'inadempimento delle obbligazioni*", 2ª. ed. (1ª. ed., 1967), en *Commentario del codice civile*, al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1979. Le pregunté si no le había persuadido el hecho de que el pensamiento ostiano tuviera en su favor la participación de OSTI en la elaboración misma del Código, y sobre todo, su propia experiencia académica boloñesa, pues BIANCA fue asistente de GIORGIANNI en tan prestigioso centro de estudios, entre 1955 y 1960.

El ilustre profesor *catanese* me respondió, ni más ni menos: "porque soy amigo de Platón, pero soy más amigo de la verdad".

Pese a tomar partido por la tesis ostiana, Giovanna VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, en *Il Codice Civile-Commentario*, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milán, 1987, pág. 102, declara que "la producción científica de OSTI sobre el incumplimiento penetró, sin lugar a dudas, en el sistema del libro IV, dedicado a las obligaciones, del Código Civil italiano vigente. Pero semejante circunstancia, debida, presumiblemente, a su participación en los trabajos de la codificación con la calidad de único experto de la materia, así como, en particular, la autoridad de su doctrina, para la cual él reivindicaba una continuidad con una tradición afirmada desde siglos atrás, no eliminó las discrepancias doctrinales en torno del problema". La prestigiosa autora brinda valiosa información sobre estos debates en el artículo "*Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti*", en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", año XXV, 1971, págs. 213 y sgtes.; en la voz "*Inadempimento*", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, pág. 2 y sgtes. (de la separata); en su *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª. ed., Cedam, Padua, 1999, págs. 113 y sgtes., así como en los estudios compilados en *Responsabilidad contractual y extracontractual*, traducción, edición y notas de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2002, *passim*.

También es de destacarse el volumen de Valeria DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milán, 1981, págs. 23 y sgtes.

7 Las consideraciones de José LEÓN BARANDIARÁN sobre el daño moral, favorables a su reconocimiento bajo el Código Civil de 1936, pueden consultarse, ahora, en ID., *Tratado de derecho civil peruano*, t. IV, WG Editor, Lima, 1992, págs. 419 y sgtes. La obra es reimpresión de sus *Comentarios al Código Civil peruano*, publicados en 1952.

8 LEÓN BARANDIARÁN, "*Responsabilidad extracontractual*", en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936, *Código Civil*, VI, *Exposición de motivos y comentarios*, 3ª. reimpresión,

Ante tales estimaciones, Fernández Sessarego se ha limitado a expresar:

> "[N]o fue tarea fácil que se aceptase en el Perú de la primera mitad de la década de los años ochenta los alcances del novedoso concepto «daño a la persona». La formación cerradamente individualista-patrimonialista a la que habíamos sido sometidos los juristas peruanos impedía la rápida y fácil comprensión de la trascendencia y de la necesidad de proteger al ser humano de todo daño, tal como hasta ese momento sucedía en relación con las consecuencias de daños a las cosas. *La aceptación de la figura del daño a la persona suponía sustituir la concepción individualista-patrimonialista por una concepción humanista del derecho. Esta situación, actualmente en trance de ser superada, fue la que motivó que, en un primer momento, juristas como León Barandiarán, que se ocupaba de la responsabilidad civil, manifestaran su perplejidad frente a la noción de daño a la persona*. Ello es del todo explicable, ya que hasta ese momento ningún jurista en el Perú se había referido a los alcances del concepto de daño a la persona, como tampoco había ocurrido hasta aquel entonces en muchos otros países del mundo y, hasta donde estamos informados, en ninguno otro de Latinoamérica. En realidad, por aquellos años empezaba a tratarse la materia en algunos pocos países de Europa"[9].

Sólo que, hasta donde llega mi conocimiento –e incidiré sobre este punto más adelante[10]– no hay ningún viso de "patrimonialismo" en la doctrina peruana contemporánea y precedente a nuestra codificación civil de 1984.

Y por otro lado, descreo de la exactitud y legitimidad de insertar en tan imaginario bando a un autor que destacó por encima de ningún otro en nuestro medio, precisamente, en atención a su vena humanista[11].

## 3. CUESTIONAMIENTOS AL DAÑO A LA PERSONA EN SUS INICIOS (SIGUE): LA CRÍTICA DE FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA.

Como bien tiene escrito Alfredo Bullard González, "es todo un reto ser creativo, inmerso en un ambiente en el que se desenvuelve el doctor Fernando de Trazegnies. Casi

---

compilación al cuidado de Delia REVOREDO, Lima, Okura Editores, 1988, comentario *sub* artículo 1985, pág. 807 (las cursivas son añadidas).

9 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Apuntes sobre el daño a la persona*", en "Ius et Veritas", año XIII, núm. 25, Lima, 2002, pág. 37 (las cursivas son añadidas).

Es curioso que el pasaje citado reproduzca íntegramente algo escrito por el mismo autor en 1998, "*Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual*", en "Thémis-Revista de Derecho", 2ª. época, núm. 38, 1998, Lima, pág. 188, con una inexplicable omisión: "La aceptación de la figura del daño a la persona suponía sustituir la concepción individualista-patrimonialista por una visión humanista del hombre y del mundo. Esta situación, actualmente en trance de ser superada, fue la que motivó que, en un primer momento, *juristas de la talla de José León Barandiarán o de Fernando de Trazegnies manifestaran su perplejidad frente a la noción de daño a la persona*" (las cursivas son añadidas).

10 Véase *infra*, § 7.3.

11 Así hube de destacarlo en LEÓN, Leysser L., "*Giorgio Del Vecchio comentarista de la Divina Comedia*", en "Ius et Veritas", año IX, núm. 19, Lima, 1998, págs. 328-329. Mis observaciones han recibido la minuciosa confirmación de Miguel TORRES MÉNDEZ, en su valioso libro *Jurisprudencia literaria y filosófica: la aplicación del movimiento "Derecho y literatura" en la jurisprudencia*, Grijley, Lima, 2003, págs. 141 y sgtes.

puede decirse que a uno se le ocurre una idea y descubrirá que el doctor De Trazegnies ya escribió sobre ella diez años antes"[12].

Es a Fernando de Trazegnies, ni más ni menos, a quien se debe la crítica más atendible, además de oportuna, contra la introducción de la locución "daño a la persona" en el Código Civil peruano de 1984.

Ya en los trabajos de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, el profesor De Trazegnies había dejado sentado en su anteproyecto relativo a la "responsabilidad civil no derivada de acto jurídico" una posición decidida sobre el daño moral, que cuestionaba la justificación de su reparación. Para él, era conveniente distinguir –a la francesa, como se verá más adelante[13]– entre "daño material" y "daño moral":

> "[E]l primero es el patrimonial, aquél que es traducible en dinero; el segundo es el extrapatrimonial, aquél que no es percibido por la víctima como una pérdida económica. Esto significa que muchos de los llamados usualmente morales son daños materiales, porque pueden ser representados por una suma de dinero: el costo de la operación de cirugía plástica que debe realizarse a aquel que quedó desfigurado en un accidente, el lucro cesante por el tiempo que quedará sin trabajar, el lucro cesante especial en el caso que trabajara precisamente con su rostro (actriz, animador de televisión, etc.). *En consecuencia, si retiramos todo aquello que constituye un gasto o un lucro cesante, el daño moral queda reducido a aquello que afecta al sentimiento. Pero estos daños morales no son determinables ni pueden ser reparables en dinero*. El sufrimiento por haber quedado con la cara desfigurada, la incomodidad y el temor de la operación que tiene que hacerse, el dolor físico, el sufrimiento por la muerte de un hijo (independientemente de que se pague el entierro y de que se otorgue una renta vitalicia a los padres si el hijo los mantenía), quedan fuera del campo del derecho. ¿Quién puede decir cuánto sufre una persona en tales situaciones? Y si el sufrimiento es auténtico, no será una suma de dinero lo que contribuirá a repararlo. Por consiguiente, *si adoptamos el principio general de que la responsabilidad se basa en la posibilidad de distribuir socialmente costos económicos y el principio correlativo de que la indemnización es una reparación y no un castigo al presunto culpable, el daño estrictamente moral no es indemnizable*. Pero el derecho debe reflejar las convicciones de la comunidad en la que será aplicado. Y parecería que en nuestro medio, el hecho de que, tratándose de situaciones particularmente dramáticas, no se abone una indemnización por daño moral sería más chocante que la idea de que, a través del daño moral, la indemnización quede convertida en un castigo. De otro lado, existen ciertos perjuicios materiales que son difíciles de valorizar, como los resultantes de una calumnia y de la difamación. En estos casos, ante la falta de una prueba precisa del daño material, pero teniendo el juez la convicción firme de que éste se ha producido dada la naturaleza de los hechos, puede utilizar la noción de daño moral para compensar discrecionalmente aquello que, si bien es teóricamente susceptible de ser valorizado, resulta imposible de ser calculado en la práctica"[14].

---

12 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "*¿Qué es el análisis económico del derecho?*", en "Scribas-Revista de derecho", año II, núm. 3, Arequipa, 1997, pág. 176.

13 Véase, *infra*, 7.3, núm. 5. Apréciese, sin embargo, la evolución del pensamiento del autor, la cual es descrita en este mismo acápite.

14 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "*De la responsabilidad no derivada de acto jurídico*", en *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, vol. II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, págs. 413-414 (las cursivas son añadidas).

Sólo por esta última razón, el autor conservó en su propuesta, por lo menos para situaciones excepcionales, la obligación de reparar el daño moral, pero con sujeción a la apreciación del juez de acuerdo a las siempre cambiantes circunstancias y valoraciones sociales.

El artículo 18 del anteproyecto de De Trazegnies señalaba, entonces: "Sólo excepcionalmente el juez considerará el daño moral para los efectos de establecer la procedencia de la indemnización y para fijar el monto de ésta. El daño moral se encuentra excluido en todos los casos sometidos al régimen de seguro obligatorio".

No bien dado a la publicidad el Código, y teniendo a la vista el novedoso artículo 1985, que a la letra dice: "la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido", el profesor De Trazegnies expresaba: "el llamado daño a la persona –aparentemente distinto del daño emergente y del daño moral– es posiblemente una creación de la Comisión Revisora y, hasta que se publique la Exposición de Motivos, no sabremos a ciencia cierta lo que el legislador quiso decir con tal expresión. Es probable que se haya referido a los daños a la intimidad y otros similares que se tratan en el Libro de las Personas y que indudablemente forman parte del sistema de la responsabilidad extracontractual. *Sin embargo, no queda clara por el momento la necesidad de crear este término nuevo porque no parece corresponder a un tipo de daño que no pueda ser incorporado en las categorías clásicas de daño emergente, lucro cesante y daño moral*"[15].

Para De Trazegnies, el artículo 1984, en virtud del cual "el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima y a su familia", no aclara "ni la naturaleza ni los criterios para la evaluación económica de este tipo de daño. Es sabido que la doctrina ha tenido siempre mucha dificultad para ubicar el daño moral dentro de las categorías de la responsabilidad extracontractual. La doctrina francesa sostiene que el daño moral es el daño extrapatrimonial: el sufrimiento causado por el daño, independientemente del valor económico de su reparación. Pero un daño extrapatrimonial no puede ser reparado patrimonialmente mediante una indemnización porque, por definición, es inapreciable en dinero. *En consecuencia, la única forma como podemos entender este texto es en el sentido que lo señala una parte de la doctrina: el mal llamado daño moral es en realidad un daño patrimonial, económico; pero cubre todos esos aspectos en lo que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente*; razón por la cual se le otorga al Juez una mayor libertad para determinar la indemnización mediante el recurso de crear doctrinariamente una categoría elástica, que no requiere una probanza estricta, a la que se denomina daño moral. En última instancia, el daño moral resulta simplemente un expediente para facilitarle al Juez la fijación de una indemnización a su criterio y facilitarle a su vez al

---

Ya LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de derecho civil peruano*, cit., t. V., pág. 420, señalaba: "Hay dificultad –claro está– en precisar en términos pecuniarios un sentimiento, un afecto, un dolor. A veces nos parece un poco villano el hacer descender estos atributos espirituales al tráfico de las compensaciones en dinero. A veces se puede explotar, especular, en gracia a estos sentimientos y afectos. Pero más grave que todo, más injusto, es dejar impune, en base a tales consideraciones objetantes, un daño, un mal que se ha padecido precisamente en lo más delicado y sagrado del existir humano: el sentimiento. Esta consideración fundamental aniquila la fuerza de sus contrarias, una de mero predicamento fáctico (la dificultad en la determinación del *quantum* de la reparación), otra de simple valor efectista (que los sentimientos no deban ser objeto de tráfico pecuniario), y la tercera, que apunta únicamente a una posibilidad circunstancial (la especulación, el que se explote, se haga chantaje o se engendren «codicias agresivas»)".

15 DE TRAZEGNIES GRANDA, "*Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil*", en *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. I (1984), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 9ª. reimpresión, 1990, pág. 210 (las cursivas son añadidas).

demandante su acción, evitándole la necesidad de probar cuantitativamente ciertos aspectos del daño que reclama"[16].

En las mismas páginas citadas, el autor cumplía con rendir cuenta de ciertas "indemnizaciones punitivas", que habían sido concedidas en las causas de responsabilidad civil decididas bajo el Código Civil de 1936:

> "[E]s sabido que algunas ejecutorias supremas han concedido indemnizaciones mayores a los deudos de un muerto en accidente en base a que el difunto era una persona importante en la comunidad. Es así como con motivo de la muerte en un accidente de aviación de un alto funcionario oficial, uno de los elementos del debate para fijar la indemnización era el hecho de que se tratara de una persona que era extraordinariamente útil para el país y para la institución de Gobierno en la que desarrollaba su actividad. También en el caso de un sacerdote muerto en un accidente de tránsito, la Corte otorgó una indemnización a un familiar y señaló que había tomado en consideración el hecho de que el sacerdote, en razón de su actividad, era muy importante para la comunidad. Pero notemos que en estos casos, el argumento no se basa en los daños que ocasiona la muerte del accidentado directamente al familiar demandante. Si entendemos la indemnización como una compensación económica por los daños efectivamente sufridos, las consideraciones antes mencionadas serían válidas para otorgarle también una indemnización al país, a la institución del Gobierno en la que trabajaba la víctima o a la parroquia, según el caso; pero de ninguna manera para aumentarle la indemnización al familiar del muerto. *En realidad, en estos casos, se está utilizando la indemnización para «castigar» al causante del accidente, porque se considera que su «acto ilícito» fue particularmente grave dada la calidad del accidentado.* Es como si además de la indemnización, se le impusiera una multa por la gravedad de sus hechos; pero como no existe mecanismo legal para imponer tal multa ni organismo capaz de recibirla, se concede este suplemento económico al demandante aunque no tenga derecho propio alguno que lo haga merecedor de esta plusindemnización. Esto es lo que en doctrina se conoce como indemnización punitiva y que no ha sido todavía claramente discutida por la doctrina ni por la jurisprudencia nacional a pesar de la frecuencia de las situaciones implicadas por este concepto"[17].

Como veremos más adelante, en un sector atendible de la doctrina italiana, va terminando de definirse la tendencia a considerar que la cantidad monetaria concedida por concepto de "daño moral" es entendida como "pena privada"[18].

Posteriormente, De Trazegnies se ocupa del tema en su tratado de responsabilidad extracontractual. El inicio no puede ser mejor: el reconocimiento de que el tema de la compensación del daño moral admite diversos enfoques desde perspectivas muy diferentes, puesto se trata de una noción "bastante discutida entre los juristas y no todo el mundo está de acuerdo sobre ella ni de la misma manera"[19]. Luego sostiene, lúcidamente, que "en el fondo, el pago de una suma de dinero por el daño moral no es sino una reminiscencia de la vieja idea de

---

16 DE TRAZEGNIES GRANDA, *op. ult. cit.*, págs. 209-210 (las cursivas son añadidas).

17 DE TRAZEGNIES GRANDA, *op. ult. cit.*, págs. 211-212 (las cursivas son añadidas).

18 Véase *infra*, § 7.2.

19 DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual* (1988), t. II, en *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. IV, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 4ª. reimpresión, Lima, 1990, págs. 91-92.

la venganza: aun cuando este tipo de daño por su naturaleza misma no es reparable económicamente, hay quienes creen que no es posible que quien ha causado un sufrimiento moral a otro no reciba algún castigo, que no sea cuando menos obligado a pagar algo por ello. *En consecuencia, la indemnización del daño moral se asemeja más –conscientemente o inconscientemente– a una multa privada que a una reparación de perjuicio*"[20].

"Algunos juristas contemporáneos –prosigue, con idéntica certeza, De Trazegnies– han comprendido perfectamente el enfoque romano y distinguen entre el carácter de «reparación» que tiene la indemnización frente al daño material y el carácter de «satisfacción» que tiene frente al daño moral. Pero precisamente esta distinción ilumina la verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral: no es una reparación sino una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio. Las consideraciones que anteceden han llevado a muchos Códigos actuales –centrados en la idea de que la función primordial de la responsabilidad extracontractual moderna es eminentemente reparativa– a ser extremadamente prudentes en relación con el daño extrapatrimonial"[21].

En cuanto al daño a la persona, la discrepancia con Fernández Sessarego es clara, y a mi modo de ver, incontestable:

> "[N]inguno de los textos legales vigente en el Perú había hablado hasta la fecha de un «daño a la persona». Sin embargo, el artículo 1985 se refiere expresamente a este daño e incluso lo coloca antes del daño moral. Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto, para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral, [...]. En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada. [...]. Esta última institución no está limitada únicamente a la *pecuniam doloris*, o a la afección o al sufrimiento, sino que *habitualmente tal expresión se entiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad*. Basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión «daño moral») para comprobar que se trata de una referencia amplia a todo daño no patrimonial. El Proyecto del Código Franco-italiano de las Obligaciones ilustraba el daño moral en su artículo 85 con los siguientes ejemplos: «lesión corporal, daños que afectan al honor, a la reputación de alguien o de su familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto, dolor sufrido por los padres, parientes o cónyuge, en caso de muerte de la víctima». [...]. Las violaciones a los derechos de la personalidad son, pues, parte del dominio que era conocido como daño moral. Entiéndase bien: no estamos discutiendo por un nombre. Lejos está de nuestra mente defender la *expresión* «daño moral». No cabe duda de que esta denominación no es feliz; y esto ya ha sido dicho cientos de veces. Podemos utilizar cualquier otra. Podríamos usar la expresión de «daño a la persona»; a pesar de que todo daño es, directa o indirectamente, un daño a la persona (incluyendo los daños patrimoniales). Nosotros preferimos llamarlo daño extrapatrimonial (o no patrimonial, si se quiere). [...]. Pero, más allá de un pleito de etiquetas, lo que importa es si estamos ante uno o ante dos campos conceptuales: hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor, o si, como lo parecen entender los juristas franceses, todo ello tiene un tratamiento similar y, por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico. Nosotros estamos dentro de

---

20 DE TRAZEGNIES GRANDA, *op. ult. cit.*, t. II, pág. 92 (las cursivas son añadidas).

21 DE TRAZEGNIES GRANDA, *op. ult. cit.*, t. II, pág. 95 (las cursivas son añadidas).

esta última posición. Por eso, no vemos la necesidad de crear una especie adicional bajo el nombre de «daño a la persona». En derecho, las categorías son fundamentalmente operativas: se justifican en la medida en que establecen distinciones entre derechos y obligaciones. Pero la categoría «daños a la persona» no parece conllevar derechos u obligaciones diferentes a las que usualmente se atribuía a la categoría «daño moral» (en el sentido más puro del término, habiendo excluido de este concepto al daño patrimonial vago e impreciso). En consecuencia, también aquí es sabio adoptar el consejo del *Venerabilis Inceptoris*, cuando nos dice que *non sunt entia multiplicanda praeter necessitatem*"[22].

La posición inicial de De Trazegnies, a todas luces de influencia francesa, desemboca, sin embargo, en la prédica de la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, que mantiene hasta la fecha: "otra diferencia que es importante tener en cuenta es la que separa la pérdida de la chance y el daño moral. En este sentido, hay que destacar que la pérdida de chance implica siempre un daño patrimonial que puede ser reparado también patrimonialmente y que puede ser cuantificado cuando menos con ayuda de los principios o de la filosofía del cálculo de probabilidades. *En cambio, el daño moral es extrapatrimonial, y no puede ser establecido cuantitativamente, por lo que la indemnización no es una reparación, sino, a lo sumo, una satisfacción.* Por consiguiente, más allá de que doctrinariamente se admita o no que el daño moral o extrapatrimonial es indemnizable en dinero, estamos ante distintos tipos de resarcimiento que corresponden a categorías diversas de daños"[23].

Hay, además, en todas las obras citadas del profesor De Trazegnies elementos que confirman la plena "funcionalidad" del daño moral en la jurisprudencia acumulada bajo el Código Civil de 1936, y que vuelven aun más cuestionable el empleo de la expresión "daño a la persona" en el Código Civil de 1984.

Hay también una frase que no puedo dejar de subrayar.

Luego de explicar magníficamente la importancia del tema de la satisfacción por concepto de daño moral, él escribe: "hay aquí un problema delicado que será materia de interpretación y respecto del cual, una vez más, el legislador de 1984 «le ha corrido traslado» al Poder Judicial"[24].

Meses atrás, en Italia, escribiendo *La reforma del Código Civil vista en serio*, yo anotaba que no podía reprocharse con severidad a los artífices de nuestro Código vigente su esperanza en la labor creativa de la jurisprudencia. Sin dejar de advertir que hoy el contexto no es el mismo, dicha esperanza me parecía una razón para perdonar la estipulación de las diversas cláusulas normativas generales insertas en el Código (buena fe, orden público, buenas costumbres), las cuales han carecido de aplicación por todos estos años.

Líneas como las de De Trazegnies, que hoy releo con tranquilidad, legitiman aquel dictamen mío, que, al momento de su formulación, yo mismo juzgué como excesivamente contemplativo.

---

22 DE TRAZEGNIES GRANDA, *op. ult. cit.*, t. II, págs. 107, 109-110. La referencia es a una máxima de William of OCKHAM (1288-1348).

23 DE TRAZEGNIES GRANDA, "*Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad*", ponencia leída en el III Congreso de Derecho Civil Patrimonial, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, septiembre del 2002, pág. 7 (del texto mecanografiado).

24 DE TRAZEGNIES GRANDA, "*Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual*", cit., pág. 212.

## 4. PRECISIONES CONCEPTUALES DE CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS.

Una perspicaz precisión conceptual de Carlos Cárdenas Quirós tiene el "mérito" –para quien así lo considere– de haber sido la única tenida en cuenta por Fernández Sessarego en la evolución de su propio pensamiento.

En un artículo publicado en 1989, el profesor Cárdenas Quirós señalaba:

> "[E]l daño a la persona debe ser distinguido del daño moral, concebido como dolor de afección, sufrimiento, pena, padecimiento, angustia, como aquel que afecta los sentimientos. El daño moral tiene entonces alcances muy restringidos frente al daño personal, que aparece como el género frente a la especie daño moral. En efecto, aquél importa una lesión a un derecho de la persona, mientras que éste se reduce al sufrimiento producido como consecuencia del daño. Ambos, sin embargo, tienen en común su naturaleza extrapatrimonial, en tanto afectan un valor de la persona, un bien inmaterial. *Por tal razón, rigurosamente hablando, son susceptibles sólo de reparación, no de resarcimiento, en la medida que no es factible cuantificar el daño exactamente en su equivalente en dinero y restablecer el nivel patrimonial en que se estaría si el daño no se hubiera dado, esto es, retornar las cosas a la situación anterior a la producción del daño, como sí es posible tratándose del daño patrimonial*" [25].

Seguidamente, el autor cuestiona la sistemática del Código Civil peruano, donde se reconoce una acepción amplia al daño moral, a tenor de la cual éste comprende toda lesión de bienes y derechos de la persona, y se confunde, entonces, con el llamado "daño a la persona". Tal es el caso del artículo 1322 del Código, que establece que, en materia de incumplimiento de obligaciones, "el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

Según Cárdenas Quirós, "debe deplorarse que el Código peruano incurra en un defecto de técnica legislativa, pues, por ejemplo, en el caso del artículo 1322, que se ocupa de la responsabilidad por el daño moral causado como consecuencia de la inejecución de una obligación, se atribuye al daño moral alcances amplios, confundiéndose así con el *daño personal*, mientras que en el artículo 1985 se distingue claramente el daño a la persona del daño moral. [...]. En el caso del artículo 1984, es claro que se utiliza la expresión «daño moral» en un sentido restringido. Desgraciadamente, la Comisión Revisora del Código Civil no cuidó que se guardara la indispensable unidad en la terminología empleada en dicho cuerpo legal"[26].

En adición a aquellas apreciaciones, Cárdenas Quirós señala que la expresión "daño a la persona" no parece ser la más adecuada, si se tiene en cuenta que "el Código plantea una original diferenciación de los conceptos «sujeto de derecho» (entendido como centro de imputación de derechos y obligaciones) y «persona», ubicándolos en situación de género a especie. Como resultado de ello, si bien toda persona es sujeto de derecho –expresión que alude en todo momento a la vida humana en distintas situaciones: antes de nacer, una vez nacido u organizado colectivamente (cumplido o no el requisito de su inscripción en el registro

---

25 CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, "*Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984*" (1989), ahora en ID., *Estudios de derecho privado*, I, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, págs. 107 y sgtes. (las cursivas son añadidas).

26 CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, págs. 114-115 (las cursivas son añadidas).

correspondiente)– no todo sujeto de derecho es persona. Mediante este recurso lingüístico-técnico ha sido posible comprender en la categoría de sujetos de derecho, a las personas individuales, a las personas colectivas, pero también al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas, esto es, a las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos. Planteadas las cosas así, la expresión daño a la persona involucra sólo a las personas individuales (a las que el Código llama personas naturales), es decir, al ser humano una vez nacido, y a las personas colectivas (denominadas personas jurídicas por el Código), esto es, a las organizaciones de personas en las que se ha cumplido el requisito formal de la inscripción en el registro respectivo, excluyendo, por consiguiente, al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas, pues estos, si bien son sujetos de derecho, no son personas. [...] *En este orden de ideas, resulta más propio referirse al «daño subjetivo», esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución de las expresiones «daño a la persona» o «daño personal», que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que pueden configurarse.* Al daño subjetivo se le opondría el daño no subjetivo. De este modo se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue el daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio"[27].

Fernández Sessarego asiente a tales apuntes. En 1992 escribe que "los daños subjetivos son los que atentan contra el sujeto de derecho considerado *en sí mismo*. Ellos pueden afectar al ser humano en cualquier etapa de su desarrollo existencial, es decir, desde la concepción hasta la muerte, antes de nacer o después de nacido. Cierta jurisprudencia acoge, por lo demás, las demandas dirigidas contra los progenitores a fin de obtener la reparación de los daños causados por el hecho de la procreación cuando, por razones de salud, se conciben hijos con taras físicas o síquicas. La reparación del daño subjetivo, por la especial calidad ontológica del bien afectado, es el que debe concentrar la mayor y preferente atención de parte del derecho. Los daños subjetivos o daños a la persona, como generalmente se les conoce, son aquellos que lesionan y causan deterioro al ser humano en sí mismo, comprometiendo, en alguna medida, su entidad sicosomática. Ellos inciden sobre una vasta gama de intereses o aspectos del ser humano susceptibles de ser afectados"[28].

Así mismo, Fernández Sessarego ha declarado: "es conveniente aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se pueden causar al concebido o persona por nacer. Fue esta la atendible razón por la que Carlos Cárdenas Quirós propusiera que el daño a la persona debería denominarse «daño subjetivo», a fin de que no cupiera duda alguna que también se incluía dentro del referido concepto al *nasciturus*"[29].

---

27 CÁRDENAS QUIRÓS, *op. cit.*, págs. 118-119.

28 FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Protección jurídica de la persona*, Lima, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1992, pág. 151.

29 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*El daño al proyecto de vida*", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú", núm. 50, Lima, 1996, pág. 56.

Más recientemente, FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Nuevas reflexiones sobre el «daño al proyecto de vida»*", en "Revista jurídica del Perú", año LII, núm. 38, Trujillo, 2002, pág. 167: "El daño, en cuanto a la naturaleza del ente dañado, se distingue en *daño subjetivo* o «daño a la persona» y daño objetivo o daño a las cosas. *El primero es el que incide en el ser humano, antes o después de nacido, mientras que el segundo es el que recae en cualquier objeto del mundo*. Esta distinción es fundamental al efecto de saber qué criterios y técnicas se han de emplear para reparar las consecuencias del evento dañoso. No es lo mismo indemnizar un daño a la persona que un daño a cualquier objeto del universo" (las cursivas son añadidas).

## 5. OPINIÓN DE LIZARDO TABOADA CÓRDOVA.

También Lizardo Taboada Córdova reconoce la complejidad del problema estudiado. Él escribe que "a diferencia de lo que sucede con el concepto y las categorías del daño patrimonial, respecto al daño extrapatrimonial existen en la doctrina diversas orientaciones, lo que ha originado una gran discusión y enorme debate, hasta hoy no concluido, pues para algunos juristas la única categoría de este daño es el daño a la persona y para otros por el contrario existen dos categorías: el daño moral y el daño a la persona"[30].

Para Taboada Córdova:

> "[P]or *daño moral* se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Así, por ejemplo, se entiende que en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos padres y familiares en general. Sin embargo, la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado *socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de la tutela legal*. Así, por ejemplo, una mujer casada, no podría demandar por daño moral por la muerte de un hombre casado con el cual mantuvo una relación de convivencia de varios años. Como consecuencia de este concepto de daño moral como una lesión a los sentimientos considerados socialmente legítimos y aceptables, es que se restringe el ámbito de aplicación del daño moral a los sentimientos que tenemos por los integrantes de nuestra familia, en el sentido amplio de la palabra, por cuanto son considerados socialmente dignos y legítimos y por ende merecedores de protección legal"[31]. Estas premisas le llevan a concluir –y cabe reconocerlo como el primer autor peruano que ha abordado la difícil cuestión de establecer quiénes son los legitimados a la satisfacción por concepto de daño moral– que el texto del artículo 1984 del Código Civil debe ser interpretado en el sentido de que "el daño moral no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc. [...]. *Del mismo modo pensamos que los sentimientos que se protegen legalmente bajo el concepto de daño moral, no sólo son aquellos que tenemos por otras personas, sean miembros de nuestra familia o no, sino también por nosotros mismos, en función a nuestra propia identidad y escala de valores*. El daño moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo"[32].

En lo atinente al daño a la persona, Taboada Córdova anota:

> "[A]sí como existen problemas relacionados con la admisión del daño moral, existen también problemas, en primer lugar, en cuanto al significado mismo de daño a la persona. Para un sector de la doctrina el daño a la persona es la lesión a la integridad física del sujeto, por ejemplo la pérdida de un brazo, una lesión severa que produzca parálisis, etc., o una lesión a su aspecto o integridad psicológica, mientras que para otros el daño a la persona constituye la *frustración del proyecto de vida*. Así, por ejemplo, los casos

---

30 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2001, págs. 57-58.

31 TABOADA CÓRDOVA, *op. cit.*, pág. 58.

32 TABOADA CÓRDOVA, *op. cit.*, págs. 58-59 (las cursivas son del autor).

típicos que utilizan estos autores de frustración del proyecto de vida, hacen referencia a la pérdida uno o varios dedos para un pianista, de una pierna para una bailarina o jugador profesional de algún deporte rentado, etc. Por nuestra parte, entendemos que la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos"[33].

La conclusión de Taboada Córdova es que las categorías "daño moral" y "daño a la persona" son independientes, "pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. *Nos parece muy interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente. Más aun, la regulación del Código Civil peruano mantiene la diferencia entre ambas categorías de daños, lo que significa que hoy por hoy no podemos adherirnos a la posición que sostiene que el daño moral debe desaparecer para referirnos solamente al daño a la persona.* El hecho que sea muy difícil probar el daño moral y cuantificarlo no significa que deba ser eliminado como categoría de daño jurídicamente indemnizable. Como es también evidente, en el caso del daño a la persona el problema fundamental no es tanto la prueba del mismo como su cuantificación, en cuyo caso el juez deberá acudir también necesariamente al criterio de conciencia y equidad"[34].

Esta última alusión se refiere a una propuesta de Fernández Sessarego que yo también considero desacertada, según la cual hay dos tareas pendientes en esta materia. La primera consistiría en "reformular el contenido del artículo 1984 para sustituir el tratamiento del «daño moral», que ahí aparece, por el del «daño a la persona»". La segunda sería concretar la eliminación, en un nuevo texto del artículo 1985, de la mención "del «daño moral» en cuanto que, como se ha señalado, esta noción específica del daño emocional está incluida dentro de la genérica voz de «daño a la persona». Sabemos que esta tarea no será nada fácil dada la fuerza de la tradición que tiende a confundir, como si fueran de la misma categoría, el genérico daño a la persona con el específico daño moral. No obstante, observamos que, dados los quince años transcurridos desde la promulgación del Código Civil, se ha generado un proceso de positiva reflexión en torno de los alcances de dichos conceptos lo que hace presumir que en próximo futuro se logre el total esclarecimiento conceptual del tema que nos ocupa. En el curso del proceso de revisión del texto del Código Civil de 1984, la Sub Comisión encargada de redactar el proyecto del articulado –aún inconcluso– sobre la parte correspondiente a la Responsabilidad Civil, ha contemplado esta situación y ha acordado someter a la Comisión de Reforma, en su oportunidad, una propuesta para modificar, tal como lo venimos postulando, el contenido de los artículos 1984 y 1985 del Código Civil. Como está dicho, la referida Sub Comisión de la Comisión de Reforma del Código Civil ha cumplido en primera instancia con

---

33 TABOADA CÓRDOVA, *op. cit.*, pág. 62.

34 TABOADA CÓRDOVA, *op. cit.*, págs. 62-63 (las cursivas son añadidas). Esta posición ha recibido la adhesión de Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., 2ª. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pág. 182. Véase *infra*, nota (45).

revisar, en el curso de 1997, el contenido del artículo 1985 del Código Civil, habiendo acordado suprimir, [...], el concepto de «daño moral» del nuevo numeral que lo sustituya. El texto del proyectado artículo es el siguiente: «Artículo 1985.- La reparación se calcula en consideración al valor del daño al momento de su determinación y comprende todas las consecuencias derivadas del acto u omisión generadoras del daño, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona»"[35].

Me atrevo a especular que semejantes propuestas sólo son concebibles por quien se deje subyugar por la locuacidad de conferenciantes extranjeros que, invitados a participar en congresos académicos de nuestro país, no dudaban en reducirnos al nivel de cobayas, y en proponer, a grandes voces, el reemplazo legislativo del "daño moral" por el "daño a la persona"; pero que, de regreso en su país, retomaban, en definitiva, el discurso sobre la primera categoría, común a todo el mundo del *civil law*.

Tal es el caso de Jorge Mosset Iturraspe, quien, invitado a participar en un congreso limeño clamaba:

> "El daño moral es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro «aferrarnos a las tradiciones jurídicas». Nosotros decimos, hoy, todo esto de algún modo se va arreglando, mejorando, si incorporamos derechamente el daño a las personas y abrimos, entonces, todo el abanico de posibilidades. En algunas cosas serán daños de los que llamaremos daños extra-patrimoniales, si ustedes quieren darle un nombre, daños que tienen una traducción dineraria o económica indirecta, y en otros casos serán daños que tienen traducción dineraria directa o fácil, que llamamos patrimoniales o materiales. El objetivo es defender a la persona humana, en primer lugar, en toda su plenitud, vida, salud, proyectos, chances. [...]. Ya hay un consenso jurídico en los países y en la doctrina que transita un estadio de avance cultural similar al nuestro, al peruano, al argentino, por lo que hay que dar este paso decisivo, hay que colocar a la persona humana en el centro del escenario jurídico, con fuerza, con toda su riqueza en su máximo despliegue. Por supuesto que esto no será bien recibido por los dañadores, por lo que yo llamo la «clase de los dañadores», que cada uno imaginará quiénes son, pero será muy bien recibido, en cambio, por las víctimas de los accidentes, de los siniestros, de toda clase de daños, dentro de estas antiguas y nuevas categorías cada vez más enriquecidas, ha de ser un paso positivo que tenemos que dar en ese sentido. Los países latinoamericanos están alineándose en una misma dirección a partir de este bregar firme en favor del daño a la persona. *Yo ya observo una columna que recorre casi toda Latinoamérica donde cada vez más se insiste en que es la persona quien debe ser protegida, terminando con esta actitud patrimonialista de poner el acento sobre el patrimonio*"[36].

---

35 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual*", cit., págs. 188-189.

36 MOSSET ITURRASPE, Jorge, "*Más allá del daño moral: el daño a la persona*", en *Diez años del Código Civil peruano: Balance y perspectivas*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de septiembre de 1994, organizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, t. II, WG Editor, Lima, 1995, págs. 408-409 (las cursivas son añadidas).

"Consecuente" con su línea de pensamiento, y con la "columna latinoamericana" por él imaginada, Mosset Iturraspe titula uno de sus más recientes volúmenes *El daño moral*[37].

Sin comentarios.

## 6. APORTES DE JUAN ESPINOZA ESPINOZA.

Para explicar la posición de Juan Espinoza Espinoza(*), es necesario tener presente la clasificación que él propone para los daños, en el marco de su estudio del sistema de responsabilidad civil en general.

Como De Trazegnies, aunque sin intermediación de la doctrina francesa, Espinoza Espinoza señala que en la responsabilidad civil el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial. El primero consiste en "la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada"[38], y se subdivide en "daño emergente" y "lucro cesante". El daño emergente es "la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito"; el lucro cesante "se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)"[39].

Por su parte, el daño extrapatrimonial es el que "lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial"[40]. Inspirándose en la doctrina italiana –seguidora, a su vez, de la doctrina alemana, que distingue, desde siempre el

---

37 MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. V, *El daño moral*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999. La obra mantiene el título de ediciones precedentes.

No es de extrañar que en el estudio de FERNÁNDEZ SESSAREGO que me ha sugerido la redacción de estas páginas, el citado libro de MOSSET ITURRASPE, mal escrito y con imperdonables incoherencias, que he destacado en LEÓN, Leysser L., "*Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*", cit., pág. XXXVII, brille por su ausencia. Mi citado trabajo forma parte del presente volumen.

Ni una palabra sobre Atilio Aníbal ALTERINI, otrora interlocutor y halagador de la figura, quien, ahora, no es citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO ni una sola vez (¡!).

(*) (*Nota de actualización*) En la 4ª. ed. de su volumen *Derecho de la responsabilidad civil*, publicada en el 2006, ESPINOZA ESPINOZA ha ampliado y variado sustancialmente sus consideraciones sobre el daño moral y el daño a la persona. De ello he rendido cuenta *retro*, en la *Introducción* a la 2ª. ed. del presente volumen. Véase también lo señalado *infra*, Apéndices, V, en la *Nota* sobre los trabajos incluidos en este libro, § 5.

38 ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 178.

39 ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 179.

40 ESPINOZA ESPINOZA, *loc. ult. cit.*, haciendo suya la definición de FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Comentario sub* artículo 17, en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936, *Código Civil*, IV, *Exposición de motivos y comentarios*, cit., pág. 91: "El daño no patrimonial a la persona es conocido en doctrina bajo diversas denominaciones tales como «daño a la persona», «daño no patrimonial», «daño extrapatrimonial», «daño extraeconómico», «daño biológico», «daño a la integridad psicosomática», «daño a la vida de relación», «daño inmaterial» y, más restringidamente, «daño a la salud». Sea cual fuere la denominación que se adopte, lo importante es verificar que bajo todas y cada una de tales expresiones se aloja un mismo y único concepto: el daño a la persona de carácter no patrimonial. Es decir, aquel que por lesionar un bien inmaterial, no cuantificable en dinero, no puede ser reparado mediante una suma objetivamente determinable. El daño no patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial".

*Vermögensschaden* del *Nichtvermögensschaden* o *immaterieller Schaden*[41]– el autor inserta en esta categoría el "daño moral", entendido como ansia, angustia, sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tienen carácter de efímeros y no duraderos. A su vez, el daño a la persona es entendido como aquel que "lesiona los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas"[42].

Al momento de tomar posición sobre el tema que me interesa, Espinoza Espinoza coincide con Cárdenas Quirós en la precisión conceptual que indica como locución preferible la de "daño subjetivo" (y no la de "daño a la persona"): "en efecto, el término más adecuado para referirse a este tipo de daño es el de «daño subjetivo», por cuanto, también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, los cuales, técnicamente, no son personas. Me aúno a la posición que ubica al hombre como eje y centro del derecho, sin embargo, la expresión más feliz para el daño patrimonial, debería ser la de «daño objetivo», por cuanto ocasiona merma, justamente, a los objetos de derecho y, debido a ello, éste se puede determinar exactamente"[43].

Fuera de tales discusiones de naturaleza conceptual, entiendo que el esquema propuesto por Espinoza Espinoza, inspirado por sus lecturas europeas, y bien informado sobre los cuestionamientos locales, preserva el daño moral, y demuestra coherencia, por lo tanto, con el dictado del Código Civil. También su intento de armonizar todas las figuras insertas en el Código, incluida la del "daño a la persona", merece ser destacado[44].

## 7. POSICIÓN PERSONAL: REAFIRMACIÓN DE LA INUTILIDAD DEL DAÑO A LA PERSONA Y DE LA FUNCIONALIDAD DEL DAÑO MORAL.

### 7.1. BALANCE PROVISORIO: LA VIGENCIA DEL DAÑO MORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. DISCREPANCIAS CON EL DISCURSO SOBRE EL "DAÑO SUBJETIVO".

Antes de pasar a volver a exponer mi posición personal –la inutilidad de la expresión "daño a la persona" y la funcionalidad del "daño moral" en el Código Civil peruano– tengo que dejar sentado que ni José León Barandiarán, ni Fernando de Trazegnies, ni Carlos

---

41 DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª. ed., Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, Carl Heymann, 1996, págs. 502, y especialmente, 562 y sgtes.

En la bibliografía jurídica francesa contemporánea, VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2ª. ed., en *Traité de droit civil*, dirigido por Jacques GHESTIN, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1998, págs. 23-24, emplean, eventualmente la expresión "*dommages de nature extrapatrimoniale*".

42 ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 180.

43 ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, págs. 181-182.

44 A dicho objetivo, al que también contribuyó, como ya se ha visto, Lizardo TABOADA CÓRDOVA, he dedicado todos mis trabajos de investigación sobre este tema: LEÓN, Leysser L., "*El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?*", cit., pág. 52; ID., "*Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento*", en "Revista peruana de jurisprudencia", año 4, núm. 18, Trujillo, 2002, págs. XXX y sgtes.; ID., "*Cómo leer una sentencia. A propósito de los retos de la responsabilidad civil frente a los daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (mobbing)*", cit., pág. 182; además del ya citado "*Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*", especialmente, págs. XXXI y sgtes.

Cárdenas Quirós, ni Lizardo Taboada Córdova, ni Juan Espinoza Espinoza, han planteado la eliminación del "daño moral" de la terminología del Código Civil.

No se falta a la verdad, entonces, si se señala que la propuesta de eliminación del "daño moral" para sustituirlo por el "daño a la persona" es *minoritaria* en nuestro medio[45].

Dicho carácter minoritario no tiene nada que ver con la carencia o el menosprecio de los autores citados a la perspectiva humanista, aun más allá del limitado ámbito jurídico.

El humanismo, qué duda cabe, es una palabra mayor.

Lo que ocurre es todo lo contrario. Cárdenas Quirós y Espinoza Espinoza son explícitos en reconocer en tal perspectiva el espíritu del Código Civil, opinión que respeto, mas no comparto, y aunque, –acertadamente, según mi parecer– De Trazegnies y Taboada Córdova hayan hecho bien en evitar asociar la cuestión del deslinde entre "daño moral" y "daño a la persona" con un inexistente e ilusorio debate de tenor filosófico entre patrimonialistas y humanistas, yo no me atrevería a desmentir ni poner en tela de juicio el "humanismo" de ninguno de ellos[46], plasmado en sus respectivas obras.

---

45 Propuesta que se vuelve a leer en FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Apuntes sobre el daño a la persona*", cit., pág. 37. En un trabajo precedente del mismo autor, "*Daño moral y daño al proyecto de vida*", en "Cathedra-Espíritu del derecho", año V, núm. 8, Lima, 2001, pág. 13, se asume, equivocadamente, que "la tendencia cada vez más extendida en la actualidad es la de descartar el que se siga utilizando la expresión «daño moral» como equivalente a «daño a la persona». Ello, porque no puede equipararse un concepto genérico, como es el «daño a la persona», con uno específico, representado por el «daño moral». Insistir en dicho empleo podría calificarse como un arcaísmo o como un incomprensible afán por oponerse a los cambios razonables que la vida y el desarrollo de la ciencia exigen".

Explícitamente, ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 182, expresando su acuerdo con TABOADA CÓRDOVA, *op. cit.*, pág. 63, señala: "una autorizada doctrina argentina (MOSSET ITURRASPE) propugna que hay que dejar la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la del daño a la persona. Doctrina nacional, en opinión que comparto, ha afirmado que esta fórmula parece muy interesante, pero no convincente".

46 Vuelvo a hacer mías las impresiones de BULLARD GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 176, sobre la obra y la persona del profesor DE TRAZEGNIES GRANDA: "creo que su amor por el derecho y su comprensión de las ciencias jurídicas como parte de un humanismo del que es indesligable, son una inspiración insustituible para entender el derecho, no como un sistema dado, sino como un acto creativo en el que el abogado pueda realizar todo su potencial. En sus clases encontré muchas de las ideas que hoy son expresadas como análisis económico del derecho. Y lo más increíble es que uno puede encontrar en dichas clases inspiración para casi cualquier posición conceptual, desde el positivismo hasta el iusnaturalismo, pasando por las escuelas sociológicas, la filosofía del derecho, la informática jurídica y cualquier otra idea o perspectiva que se nos pueda ocurrir".

Con respecto a TABOADA CÓRDOVA, difícilmente podría encontrar palabras más eficaces que las del mismo FERNÁNDEZ SESSAREGO, en el *Prólogo* a *La causa del negocio jurídico*, 2ª. ed., Lima, Ed. San Marcos, 1999, pág. 11: "el apetente lector encontrará en el trabajo de Lizardo TABOADA, no sólo una exhaustiva y acabada información sobre el tema a través de la presentación y la crítica acertada y puntual de las diversas posiciones históricamente adoptadas ante el problema que se postula, sino que, como no ocurre con frecuencia en la disciplina jurídica, hallará también una larga y paciente reflexión sobre todas las propuestas ofrecidas por la doctrina jurídica a la luz de una concepción humanista y tridimensional del derecho. Es decir, de una visión que contempla al derecho en su plenitud fenoménica y que comprueba al mismo tiempo, que la vida humana es el elemento primario, aunque no el único, de lo jurídico. Desde una óptica, en fin, que no se pierde en los oscuros meandros de la ley, sino que se aproxima, como punto de partida y de referencia, a la realidad valiosa que subyace en ella".

Carece de razón de ser, entonces, el declarado anhelo de que la doctrina nacional logre "compenetrarse" con los planteamientos "de inspiración humanista" o con el "personalismo jurídico" o con la "humanización del derecho positivo"[47].

Todo lo anterior existe en el lugar que le corresponde, que no es la codificación –acontecimiento cultural que le queda grande a tan endebles doctrinas– sino la posición que cada cual mantiene ante la vida misma, y que tampoco guarda relación prioritaria con las opciones legislativas o con los pronunciamientos judiciales en el campo del resarcimiento de los daños.

Por otro lado, también la innovación conceptual tiene límites.

Con todo lo interesante o admisible que puede resultar la discusión sobre los "daños subjetivos" y los "daños personales", la irrelevancia de ésta en el terreno de la técnica legislativa –escribo "técnica legislativa" y no "relevancia práctica", que es una de las expresiones favoritas de los cuestionadores de tantas instituciones jurídicas– está fuera de duda.

Yo creo que cuando se importa un modelo de pensamiento o un modelo legislativo, como ocurre con la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial, es necesario que su adopción sea íntegra, porque de otra manera, si se le tiñe de originalidades que no vienen al caso, se corre el riesgo de alterar su funcionamiento.

Así pues, juzgo como prudente que con anterioridad a la decisión sobre las denominaciones más idóneas para etiquetar los fenómenos estudiados, se establezca si se va a seguir una corriente de pensamiento foránea, o si se va proceder, en cambio, con puras originalidades.

Yo no veo en los autores nacionales que han dedicado pasajes de sus obras al "daño subjetivo" ningún afán totalizador en sus planteamientos, sino, sencillamente, una propuesta para matizar las doctrinas extranjeras que les sirven de inspiración.

Tal es la razón por la que no estoy de acuerdo, y resto valor, en definitiva, a la discusión sobre el mejor modo de denominar una figura cuyos contornos, por lo demás, pueden precisarse con otros nombres alternativos.

En efecto, el "daño a la persona" es una denominación que no tiene el nivel de una categoría en el ordenamiento jurídico de donde, con toda seguridad, fue importada al Perú: el ordenamiento italiano. En este último se habla, incluso en el nivel jurisprudencial, del "daño biológico", y eventualmente, del "daño a la salud"[48]. Estas singularidades del modelo italiano se

---

47 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., pág. 81.

Tampoco hay motivo para escribir, en el mismo texto: "Nos reconforta advertir como el «daño a la persona», en todas sus complejas y ricas modalidades, ha logrado ocupar en la actualidad la preferente atención de los más lúcidos juristas que han hecho suya la concepción humanista sobre el derecho. Su apertura a las nuevas ideas debidamente sustentadas y su frescura intelectual les ha permitido asumir prontamente el positivo aporte de lo que significa la nueva concepción del ser humano, así como los desarrollos de él derivados, como son tanto el genérico «daño a la persona» como el específico «daño al proyecto de vida» o daño a la libertad fenoménica".

48 Préstese atención al siguiente pasaje de BUSNELLI, "*Il danno alla persona al giro di boa*", en "Danno e responsabilità", 2003, pág. 237: "Verdaderamente singular es la evolución histórica del *daño a la persona*: una figura de daño que, ignorada por los códigos tradicionalmente propensos a no comprometerse en una

pierden de vista con la propuesta de hablar de un genérico "daño subjetivo", o de un fantasmagórico "daño a la persona", que son denominaciones ineficaces para poner en evidencia lo que verdaderamente interesa en este rubro: el bien jurídico protegido o la entidad del daño[49].

En conclusión, soy de la idea de que el "sujeto de derecho" es un mal punto de referencia para clasificar los daños. Así lo demuestra la consecuencia, inevitable, de oponer al daño "subjetivo" un no menos ambiguo "daño objetivo" o "daño no subjetivo".

Y téngase en cuenta, además, que adjetivar imperfectamente el daño como "subjetivo" exige una aclaración adicional, una "estipulación", de su significado. Sin información al respecto, por ejemplo, es lícito entender "daño subjetivo", exclusivamente, y por ejemplo, como daño psíquico.

Queda claro, pues, que el *nomen* propuesto –el de "daño subjetivo"–, al igual que el "daño moral" y el "daño a la persona", que se critican[50] y se busca sustituir, ni siquiera expresa bien lo que pretende definir.

---

definición del concepto mismo de daño al formular la regla general de la responsabilidad por hecho ilícito, se ha impuesto recientemente a la atención de los jueces y de los legisladores europeos como imprescindible parámetro de referencia para una exploración de los confines de la «nueva» responsabilidad civil, con una apertura de la misma, finalmente, al influjo de los principios constitucionales, pero con la introducción, al mismo tiempo, de inquietantes «interrogantes» sobre el «mantenimiento» del sistema delineado en términos generales por los códigos".

A renglón seguido (*ivi*, pág. 238), sin embargo, el catedrático de la Escuela Superior "Santa Ana" de Pisa subdivide la "gama de los daños a la persona" en "daño biológico", "lucro cesante" y "daño moral", y permite apreciar que el objeto de su análisis es el "daño a la salud" y el "daño a la integridad física".

Todo ello se ve confirmado en la reseña de BONA, voz "*Danno alla persona*", en *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, *Aggiornamento*, 1, t. I, Utet, Turín, 2003, págs. 625 y sgtes., que es, en resumidas cuentas, un análisis de la jurisprudencia italiana en materia de daño biológico y daño a la integridad psicofísica.

En consecuencia, nada de discursos filosóficos en Italia, los cuales, como es demasiado obvio, no tienen ninguna relación con la expresión "daño a la persona".

En España, por imitación del léxico técnico francés, se habla de "daño corporal". En los países del *common law*, en cambio, la denominación que se prefiere, siempre en el ámbito académico y abogadil, es *personal injury*. Este dato es importante porque la propuesta de hablar de un "daño a la persona", en el estado actual de los estudios jurídicos contemporáneos, puede enmarcarse, paradójicamente, en lo que se conoce como la *Americanization* del *civil law*.

BUSNELLI, *op. cit.*, pág. 243, expresa que "es preocupante, pero al mismo tiempo abierta a la esperanza, la perspectiva «de inicios de siglo». Si Europa parece encaminarse hacia una progresiva valorización del daño a la persona fundada en las *personal injuries*, en las *atteintes à l'intégrité physique et/ou psychique*, en el *daño psicofísico*, es decir, en figuras de daño afines al daño biológico (y a veces inspirados en éste) es de esperar que los recientes, reiterados intentos italianos de «suprimir» el daño biológico mediante un «descuartizamiento» (daño biológico *tout court*, daño biológico de leve entidad; daño biológico previsional; e incluso, daño estético, daño a la vida de relación, daño hedonístico, daño a la capacidad de trabajo genérica) o por «ahogamiento» (en el ancho mar del daño existencial) no se reflejen en el escenario europeo; y que el daño biológico, nacido en Italia, y que aquí está en camino a la «supresión», renazca y vuelva a operar, íntegro, en Italia, como figura europea, representativa de la «nueva» responsabilidad civil".

49 Véanse las punzantes críticas de Alberto RAVAZZONI, citadas *infra*, nota (78).

50 VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pág. 24, no acallan lo que de inapropiado tiene la expresión "*dommages moraux*" ("daños morales").

### 7.2. PREMISA: LA PERSPECTIVA FUNCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA OBRA DE GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ.

Un punto cardinal de mi modo de ver el fenómeno es la perspectiva funcional de la responsabilidad civil, planteada en nuestro medio por Gastón Fernández Cruz y, con valiosos elementos del análisis económico del derecho, por Alfredo Bullard González; ambos tras los pasos, siempre de vanguardia, de Fernando de Trazegnies.

Fernández Cruz hace ver que "el abandono de la idea de resarcimiento como equivalente de sanción en el *civil law* no ha significado, sin embargo, la superación de la discusión que, en determinadas áreas del daño resarcible, aún pueda sustentarse –por algunos– la aplicación de una *función punitiva* de la responsabilidad civil. Ello sucede, por ejemplo, dentro del área del resarcimiento del daño extrapatrimonial, en donde se sostiene –por parte de la doctrina comparada contemporánea– que puede atribuirse una función sancionatoria a las normas de responsabilidad civil, toda vez que el rol de la indemnización en esta área, no consiste en la reintegración de la esfera patrimonial afectada por el daño. Así, la discusión sobre la función del resarcimiento del daño no patrimonial, se centra en atribuirle, o una *función punitiva*; o una *función reparatoria*; o una función *aflictivo-consolatoria*"[51].

El autor citado anota que, desde un punto de vista diádico, es posible advertir la prioridad que el ordenamiento jurídico concede a la función resarcitoria y al principio solidarista de la reparación integral; empero, "la constatación de la existencia de daños irreparables, en el sentido que, fácticamente, se comprueba la imposibilidad de poder restablecer el *statu quo* roto por la intromisión del daño (la muerte, verbigracia, no puede ser «reparada»), no puede llevar a negar la tutela resarcitoria a la víctima, quien, ante la imposibilidad de ser «reparada», tendrá que conformarse con una tutela aflictivo-consolatoria

---

51 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 de* civil law*)*, en ALPA, Guido; BIANCA, C. Massimo; CORSARO, Luigi; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; FRANZONI, Massimo; MONATERI, Pier Giuseppe; SALVI, Cesare; y Piero SCHLESINGER, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. y ed. al cuidado de Leysser L. LEÓN, ARA Editores, Lima, 2001, pág. 294 (las cursivas son añadidas).

En Italia, con referencia al daño no patrimonial, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3ª. ed., Giuffrè, Milán, 2001, pág. 171, escribe: "Parece [...] que no se pueden librar de una calificación en términos *sancionatorios* formas de reparación (en dinero) de los llamados daños *no patrimoniales*, es decir, de aquellos daños que se vinculan con perjuicios ocasionados a intereses no patrimoniales del sujeto (por ejemplo, y en su mayor parte, las hipótesis de *daños a la persona*, que no pueden destacarse patrimonialmente, y que, comúnmente, son definidos en los términos imprecisos y aproximativos de las afectaciones del ánimo, sufrimientos, perturbaciones y así por el estilo) [...]. La circunstancia de que dicha resarcibilidad sea limitada a *formas de violaciones más graves* (en el ordenamiento italiano, a las hipótesis de delito, artículo 2059, en el ordenamiento alemán, a lesiones a la salud, al cuerpo a la libertad, parágrafo 847 del BGB) es el síntoma de la tendencia a equiparar la medida resarcitoria *a la gravedad* de la violación. Si se repara en que dicha equiparación está ausente en las normales técnicas resarcitorias, no se puede dejar de convenir que se está en presencia de una medida de protección que tiene función de *prevenir-reprimir* las formas que se consideran más graves de violaciones de derechos. En la valoración *equitativa* del daño por parte del juez no se puede, además, dejar de conceder importancia a la gravedad del delito, y a las consecuencias sufridas por el sujeto lesionado".

En el mismo sentido, BUSNELLI, "*Interessi della persona e risarcimiento del danno*", en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", año L, 1996, pág. 23, considera que "los daños a la persona sometidos a tratamiento normativo diferenciado son aquellos cuyo resarcimiento (o mejor dicho, cuya reparación), responde, no a una función compensatoria, sino a finalidades satisfactivo-punitivas".

que, al no poder desenvolver una función reparadora del daño, cumplirá una función de mitigación del mismo"[52].

La conclusión de Fernández Cruz es que "la función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél"[53].

---

52 FERNÁNDEZ CRUZ, *op. cit.*, pág. 270.

En Italia, Pietro RESCIGNO, "*Il danno non patrimoniale (le letture dell'art. 2059 tra interpretazione e riforma)*, en "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", año I, 1985, pág. 11, subraya que el daño patrimonial y el daño no patrimonial responden a modelos diferentes de responsabilidad; por ende, las funciones del resarcimiento son diferentes en ambos supuestos: "para el daño patrimonial es clara la función del resarcimiento, esencialmente económica, dirigida a la «traslación de una pérdida», *compensatoria*, si es vista desde el lado de la víctima. [...]. Otras funciones (preventiva, o punitiva o satisfactiva, o de realización del derecho lesionado) podrán concernir al sistema de la imputación, pero para el daño patrimonial, la existencia y el contenido de la obligación de resarcimiento «derivan en todos los casos de la dimensión, y de la existencia, de una pérdida económica», y por lo tanto, de presupuestos ajenos al esquema prohibición-sanción, cualquiera que sea la idea de sanción, considerada elemento de toda norma, desde la perspectiva de KELSEN, o asociada con la regla «secundaria» que impone la responsabilidad. El otro «modelo» de daño, el no patrimonial, rechaza el principio de la equivalencia entre perjuicio ocasionado y objeto del resarcimiento; al determinar siempre un enriquecimiento de la víctima, cumple una función «satisfactiva»; aquí no es incompatible, aun cuando no constituye un elemento necesario, el fin punitivo contra el autor del hecho. Una diversidad tan profunda de funciones haría aconsejable, inclusive, reservar sólo para el daño patrimonial los términos «resarcimiento» y «daño», y renunciar a un consolidado hábito lingüístico".

Según FRANZONI, "*La función del resarcimiento del daño no patrimonial*", trad. del italiano por Gastón FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser L. LEÓN, en "De iure", año I, núm. 1, 1999, pág. 24, la finalidad consolatorio-satisfactiva de la reparación del daño moral no es sancionar al autor del ilícito ni resarcir, en sentido estricto, el daño, "sino en atribuir a la víctima una suma de dinero con el fin de otorgarle ventajas para la nueva creación de condiciones sustitutivas de las que ha perdido. El dato del que parte esta concepción es el de que los bienes o los intereses lesionados por el ilícito no tienen forma de ser reparados, ya que el daño moral produce una pérdida irrevocablemente definitiva. Por lo tanto, la condena al pago de una suma de dinero no puede sino representar un consuelo por el mal padecido, y un enriquecimiento justificado por la necesidad de propender a la creación de ocasiones de satisfacción sustitutivas de las irremediablemente comprometidas. Para cumplir tal función, es necesario determinar la gravedad del hecho lesivo, ya que esta es la manera como se puede establecer, de manera indubitable, la magnitud del dolor padecido, y liquidar, entonces, el daño, tomando en cuenta el costo que se requiere para crear una situación de ventaja sustitutiva de la menoscabada. Así mismo, es menester determinar, mediante un juicio equitativo, las condiciones económicas de las partes, sobre todo la de la parte damnificada, ya que solamente conociendo este dato es como se puede hacer efectiva la liquidación del daño".

53 FERNÁNDEZ CRUZ, *op. cit.*, pág. 271.

Emanuela NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milán, 1996, págs. 376-377, individualiza una "función solidarista-satisfactiva", y señala que el daño no patrimonial, "por no ser directamente medible, por ser heterogéneo respecto del dinero y, al mismo tiempo, objeto de resarcimiento (y por lo tanto, primariamente destinado a la esfera del damnificado), responde a una lógica funcional de consolación o de objetiva solidaridad con la víctima.. Dicha función vincula el resarcimiento con el daño sin el objetivo de una precisa correspondencia al mismo, sino en respeto a una proporcionalidad rigurosa".

### 7.3. LA CONSIDERACIÓN DE LA SATISFACCIÓN DINERARIA POR *PRETIUM DOLORIS* COMO PENA PRIVADA O SANCIÓN CIVIL INDIRECTA EN LA RECIENTE DOCTRINA ITALIANA.

La línea de pensamiento defendida por Fernández Cruz me lleva a sostener, en ulterior análisis, que la suma concedida judicialmente por concepto de daño moral, entendido como sufrimiento o malestar anímico, no puede ser considerada "resarcimiento" ni "indemnización" propiamente dicha (pese a la amplitud con la que se emplea este término en el idioma castellano)[54]. Se trata, más bien, de una sanción civil indirecta o de una pena privada[55].

"Del examen de la estructura y de la función de las penas privadas y de las sanciones civiles indirectas –explica Massimo Franzoni– se puede constatar que éstas no tienen nada en común con el resarcimiento del daño. El resarcimiento del daño apunta a restaurar una cierta situación patrimonial disminuida"[56]; las primeras, en cambio, "expresan la confianza atribuida a la capacidad de autorregulación de la sociedad civil"[57]: la pena privada es impuesta "por particulares a particulares y tiene su fuente en un contrato (piénsese en las medidas disciplinarias previas en los contratos de trabajo, en los contratos de asociación o en los contratos de sociedad de personas), o bien en un *status* (basta recordar el poder correctivo ejercido por los progenitores sobre los hijos menores de edad)[58]; a su vez, "las sanciones civiles punitivas expresan el poder auto-organizativo de la sociedad civil, porque tienden a satisfacer un interés privado; pero realizan, al mismo tiempo, y contextualmente, el interés público. Es, ni más ni menos, este último aspecto lo que distingue las sanciones de las penas privadas, y naturalmente, de las penas criminales. La sanción civil consiste, normalmente, en una medida aflictiva patrimonial, que aun estando prevista legislativamente y aun siendo irrogada por la autoridad judicial, presupone la iniciativa del particular, y está dirigida en ventaja de éste"[59]. La diferencia entre pena privada y sanción civil es la fuente de la segunda, que es la ley, y el doble fin que la segunda realiza al ser impuesta[60].

---

54 Lo he explicado en LEÓN, Leysser L., "*Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*", cit., pág. XIV, nota (37); ID., "*La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)*", en "Ius et Veritas", año XIII, núm. 26, Lima, 2003, págs. 44-45.

Giovanni BONILINI, voz "*Danno morale*", en *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, vol. V, Utet, Turín, 1989, pág. 85, y FRANZONI, "*Il danno morale*", en "Contratto e impresa", año VI, 1990, pág. 313; ID., *Dei fatti illeciti*, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, al cuidado de Francesco Galgano, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1993, pág. 1161, informan, en efecto, que el codificador italiano de 1942 no adhirió a las críticas de la doctrina en torno del uso del término "resarcimiento" respecto del daño moral.

55 La referencia fundamental es a un célebre estudio de BUSNELLI, "*Verso una riscoperta delle «pene private»?*", en *Le pene private*, actas del Congreso celebrado en Pisa en marzo de 1984, al cuidado de Francesco Donato BUSNELLI y Gianguido SCALFI, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 3 y sgtes. La cita es de FRANZONI, "*Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*", en "Il corriere giuridico", 2003, pág. 1038, nota (37), quien prefiere hablar de "sanciones civiles indirectas".

56 FRANZONI, *op. ult. cit.*, pág. 1039.

57 FRANZONI, *op. ult. cit.*, pág. 1038.

58 FRANZONI, *loc. ult. cit.*

59 FRANZONI, *loc. ult. cit.*

60 FRANZONI, *loc. ult. cit.*

Para Franzoni, la suma en dinero reconocida judicialmente por concepto de "*danno morale soggettivo*", sufrimiento, perturbación del estado de ánimo, etc., se inscribiría en la categoría de las sanciones civiles.

También en Italia, Giovanni Bonilini reflexiona en los siguientes términos: "respecto de la tesis que identifica en la reparación del daño no patrimonial una pena privada, hay que recordar que ella fue ácidamente refutada[61], pero hoy, en virtud de los curiosos retornos de la historia, ha conocido, luego de un enfriamiento relativamente dilatado, un nuevo y vivaz relanzamiento, especialmente doctrinal. No cabe dudar que la pena privada es una institución empleda en las «estaciones primitivas e ingenuas del derecho» lo que no descarta, sin embargo, su idoneidad para desarrollar aún hoy un papel útil de «prevención» y de «redistribución»; y ella puede contribuir a realizar estos fines, los cuales siguen siendo fundamentales entre los muchos que debe perseguir el ordenamiento. También recientemente, una cuidadosa doctrina ha revelado la aptitud de la pena privada, y del daño no patrimonial como pena privada, para prestar servicios a las técnicas de responsabilidad civil. No se niega, naturalmente, que es una institución que llega a nosotros cargada de «ecos culturales efectivamente desagradables»; con todo, si se le sabe despojar de los rezagos del exasperado sentimiento de venganza que también ha conocido, podrá hacer revivir su calidad de instrumento adecuado para lograr el fin. La pena privada puede, sobre todo, prestar auxilio en aquellos casos en los cuales el acto ilícito ha determinado escasas consecuencias patrimoniales, y al mismo tiempo, perjuicios que se pueden calificar de otra manera; en aquellos casos en que es adecuada la consideración privatista, más

---

61 *Per amore di completezza*, como he anotado al comienzo, hay que cumplir con rendir cuenta que un autor de la talla de BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Giuffrè, Milán, 1999, págs. 255, 257, es contrario a la admisión de las penas privadas. Él escribe que "recientemente se ha manifestado una tendencia doctrinaria favorable a reconocer una legitimidad general a las penas privadas. Sin embargo, los intentos de dar ingreso a la pena privada en nuestro derecho deben ser absolutamente rechazados. La exigencia de la que parten dichos intentos, que es la corregir la insuficiencia del remedio del resarcimiento del daño cuando falta o es difícilmente determinable un daño económico, sobre todo en el tema de los derechos de la personalidad, no basta para hacer admisible un instrumento que contrasta abiertamente con el principio constitucional de igualdad: principio que garantiza la paridad jurídica de las personas frente a la ley y en sus relaciones recíprocas, con lo cual se prohíbe, entonces, la creación de autoridades privadas. El principio constitucional de la igualdad se eleva al nivel de principio de orden público, e impone un límite a la autonomía privada. Así pues, se debe considerar afectado por nulidad todo pacto dirigido a atribuir a una parte el poder de castigar a la otra, mediante sanciones pecuniarias o de otro género. [...]. Se ha entendido como pena privada también la pena pecuniaria aplicada por el juez *en ventaja de la víctima*. Desde este punto de vista, se ha identificado una forma de pena privada en el resarcimiento del daño moral. *Pero el resarcimiento del daño moral ha sido consagrado en nuestro ordenamiento como un «resarcimiento» y no como una pena*" (las cursivas son añadidas).

Esta última observación coincide con la efectuada por Alberto RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milán, 1962, pág. 156: "por más que se pueda admitir y dar importancia a una, si bien grave, imprecisión terminológica del legislador, por la cual se puede llegar a concluir que no estamos ante un resarcimiento en sentido técnico, no se puede, sin embargo, prescindir de lo que es, ciertamente, el contenido preceptivo de la norma: es decir, que la reacción frente a la provocación de un daño no patrimonial está dirigida, en primer lugar, y fundamentalmente, en ventaja del lesionado. Ello basta para descartar que no encontremos frente a una pena de derecho privado".

Sobre la identificación de la compensación por daño moral con las penas privadas, en Francia, VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, págs. 25-27, expresan una posición igualmente contraria: "*appliquée intégralement, la théorie de la peine privée conduirait à assigner des limites sérieuses aux condamnations motivées par un dommage moral*".

que la penalista; y, para terminar, en aquellos casos en que es necesario unir la reacción de tipo criminal con la ulterior reacción privatista"[62].

Por su parte, Paolo Gallo ha sostenido recientemente que existen dos diferentes modelos de responsabilidad civil. Por un lado, la responsabilidad civil entendida en sentido tradicional, que tiene como función la internalización del costo social global de los ilícitos, ya sea que se trate de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva. Por otro lado, hay un supuesto de la responsabilidad civil en el cual se prescinde de la existencia de un daño propiamente dicho, y cuya función consiste, ante todo, en permitir el otorgamiento de sumas en dinero con finalidades de satisfacción y de desincentivación[63].

En el primer modelo, entonces, se busca reparar a la víctima del comportamiento lesivo con la concesión de una suma en dinero con función resarcitoria. En el segundo, por el contrario, se pretende prevenir la posibilidad de que infracciones análogas se repitan en el futuro[64].

Corolario de este atendible esquema es que el otorgamiento de sumas en los procesos por concepto de "daño moral" (del *danno non patrimoniale* en Italia) representa un caso de pena privada, lo cual queda confirmado por la dificultad de cuantificar el dolor, la afectación del estado de ánimo, y por los criterios utilizados por la magistratura para la determinación de la obligación resarcitoria y/o sancionatoria[65].

Al margen de cómo se denomine la especie –y ya he señalado que Trazegnies hacía mención a la "indemnización punitiva" y a la "multa privada"[66]–, esta forma de entender la satisfacción monetaria por concepto de daño moral, en lo atinente, sobre todo, al inestimable sufrimiento, al *pretium doloris*, permite entender por qué el magistrado puede determinar con aparente arbitrariedad, es decir, según su particular estimación en cada caso concreto, la suma que asignará por dicho concepto en su sentencia.

### 7.4. LA INDISCUTIBLE Y CONVENIENTE VIGENCIA DEL DAÑO MORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

---

62 BONILINI, *op. cit.*, pág. 87.

63 GALLO, Paolo, *Introduzione alla responsabilità civile*, Giappichelli, Turín, 2002, pág. 178; ID., *Diritto privato*, Giappichelli, Turín, 2002, pág. 718.

64 GALLO, *Introduzione alla responsabilità civile*, cit., pág. 178.

65 GALLO, *op. cit.*, pág. 173.

66 Véase *retro*, § 3. DE TRAZEGNIES GRANDA, "*Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad*", cit., pág. 2 (del texto mecanografiado), también se ha pronunciado en sentido contrario: "Es conocida mi posición en el sentido de que el daño extrapatrimonial no puede –por definición– ser reparable patrimonialmente sin caer en la incongruencia. Además, intentar reparar la pérdida de un hijo o el sentimiento de ultraje por un daño al honor con un puñado de monedas, me parece hasta inmoral. En mi opinión, otorgar una reparación patrimonial a lo que no puede ser calculado cuantitativamente ni puede ser reparado con dinero es simplemente imponer una indemnización punitiva tan contraria al espíritu del derecho civil. En realidad, la indemnización punitiva es indefendible porque no consiste, como decían los hermanos MAZEAUD, sino en un rezago del antiguo deseo de venganza que dormita en el fondo del corazón de cada víctima".

Si aquí se defiende una posición contraria es, principalmente, en atención a la función "desincentivadora" de los hechos dañosos, que bien puede ser cumplida por la pena privada.

He optado por organizar la exposición de mi opinión personal sobre estos problemas en nueve puntos:

**1.** Aun ignorando que en Italia se habla del "daño a la salud" o del "daño biológico"[67], la preciosa bibliografía italiana que influyó en la concepción del "daño a la persona" en su versión peruana es, con toda seguridad, inapropiada[68], y no tiene carácter decisivo, para quien pretenda formarse una idea a la luz del texto vigente del Código Civil peruano y de la precaria evolución de nuestra jurisprudencia.

Lo cierto es que los juristas italianos razonan, invariablemente y legítimamente, en función de la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial que tomaron de la doctrina alemana y consagraron en su legislación.

En tal sentido, bien cabe recordar a los malos lectores de la doctrina foránea lo escrito, hace poco, por Jean-Pascal Chazal contra un tergiversador de Louis Josserand (1868-1941): "*il est légitime d'alimenter une réflexion, d'étayer un point de vue en puisant dans les œuvres des grands auteurs. Là où le bât blesse, c'est lorsque la pensée de l'auteur dont on propose la relecture est présentée de manière méconnaissable*"[69].

Envuelve, de suyo, una advertencia, que Bonilini escriba: "la traducción literal del francés «*dommage moral*», la expresión «daño moral», siempre viva en las contribuciones de los intérpretes, no ha encontrado jamás, y no encuentra hoy, sustento en el dato normativo italiano. Nuestro legislador, en efecto, ha preferido a ella la locución germana «daño no patrimonial», conceptualmente no homóloga, y relativamente reciente entre nosotros, dado que el ordenamiento se ocupa de ella,

---

67 Lo reconoce el mismo FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., págs. 12-13: "en la doctrina y la jurisprudencia italianas, donde el concepto de «daño a la persona» empieza a germinar *a mediados de la década de los años setenta del siglo XX* pero cuya evolución y desarrollo no cesa hasta los días que corren, bajo la noción de «daño a la persona» se comprenden, en primer término y como primera categoría de daños, todos los daños que inciden o lesionan la estructura psicosomática del ser humano. Estos daños se denominan indistintamente ya sea como «daño a la salud» o «daño biológico» al imperio de las restricciones que emanan del ordenamiento jurídico italiano, que data de los años cuarenta del siglo pasado, y del mandamiento de la Corte Constitucional italiana mediante sentencia N° 184 del año 1986. La denominación de «daño biológico» aparece tanto en la doctrina y la jurisprudencia genovesa así como en el texto de la sentencia de la Corte Constitucional N.° 184 de 1986 . El término de «daño a la salud» se acuña por la escuela de Pisa".

Sólo que las voces enciclopédicas "*Danno alla persona*" de Mario PORTIGLIATTI-BARBOS, para el *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, de la Utet, y de Guido GENTILE, para la *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, de Giuffrè, son de 1960 y 1962, respectivamente.

68 Léase con atención el siguiente pasaje de Pier Giuseppe MONATERI, voz "*Danno alla persona*", en *Digesto delle discipline privatistiche*, *Sezione civile*, vol. V, Utet, Turín, 1989, pág. 76: "Desde el punto de vista jurídico, la resarcibilidad de los daños patrimoniales y de los daños morales *jamás fue un problema*. A lo sumo, el problema fue siempre de carácter práctico: su cuantificación. *La historia reciente del daño está totalmente ligada al surgimiento de la resarcibilidad del daño a la salud*, que se insertó, desde un primer momento, en el corazón de los problemas ligados con la resarcibilidad de los daños patrimoniales y morales" (las cursivas son añadidas).

Hay que preguntarse, entonces: ¿Es posible concebir, sin apelar a la fantasía, este problema en el ordenamiento peruano?

69 CHAZAL, Jean-Pascal, "*«Relire Josserand», ouis mais... sans le trahir!*", en "Dalloz", año 179, núm. 27, julio del 2003, págs. 1779-1780, en respuesta a una mala lectura de BAILLON-PASSE, Chr., "*Relire Josserand*", en "Dalloz", año 179, núm. 24, junio del 2003, pág. 1571.

explícitamente, sólo a partir de la entrada en vigor del Código Penal vigente, en cuyo artículo 185 dicha locución realiza su primera aparición expresa. El Código Civil la reitera, al dedicarle el artículo 2059"[70].

Cesare Salvi refiere que la opción tomada, en la redacción del Código Civil italiano, "de limitar la resarcibilidad en virtud del artículo 2043 y siguientes a los daños patrimoniales fue, indudablemente, consciente y «política». El codificador considera que se sigue el sistema alemán, que limita, justamente, el resarcimiento de los daños «no patrimoniales» a las hipótesis tipificadamente previstas por la ley, y no el sistema francés, en cual, por el contrario, una antigua y consolidada interpretación jurisprudencial asocia los daños «morales», inclusive, a la cláusula normativa general de la responsabilidad civil. La terminología adoptada (en el artículo 2059 se habla de daño «no patrimonial», y no de «daño moral») confirma que el sentido de la alternativa entre las dos figuras se funda en el atributo de la patrimonialidad"[71].

Al respecto, Giovanni Comandé informa que el legislador italiano de 1942 tenía a la vista dos modelos: el del Código Civil francés (artículo 1382), donde la formulación general no distingue entre daños patrimoniales; y el del *Bürgerliches Gesetzbuch*, donde los daños no patrimoniales –es decir, los daños inveteradamente compensados mediante el "dinero por el dolor" o *Schmerzensgeld*– están tipificados, y donde el papel del elemento subjetivo del acto ilícito es fundamental, y va de la mano con un elenco de las hipótesis en que los derechos violados tienen la pretensión a un resarcimiento adicional del daño no patrimonial, a saber: la salud, la vida, la libertad, la propiedad y otros derechos similares. Entonces –prosigue, críticamente, Comandé– "el legislador italiano cree estar en posibilidad de lograr la cuadratura del círculo, esto es, la síntesis de ambos modelos, y adopta legislativamente una fórmula abierta a las hipótesis ya reconocidas en la jurisprudencia. En el decenio 1930-1940 del siglo XX se habían consolidados en la jurisprudencia distintas hipótesis, pero el Código da al legislador el poder de fijar las nuevas hipótesis en las cuales es necesario dar una respuesta punitivo-satisfactiva, a través del resarcimiento de una suma en dinero que es claramente no reparatoria. Sin embargo, con un técnica que, a la luz del criterio posterior, puede ser discutible, el Código italiano (artículo 2059) reenvía a las hipótesis determinadas por la ley, para evitar dar un elenco, que corra el riesgo de volverse

---

70 BONILINI, *op. cit.*, pág. 84.

71 SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto privato* al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 47-48.

El artículo 2043 del Código Civil italiano "*Resarcimiento por hecho ilícito*.- Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño", constituye la cláusula normativa general de responsabilidad civil en dicho ordenamiento, del mismo modo que lo es, entre nosotros, el artículo 1969 del Código Civil peruano de 1984: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo".

En opinión de Carlo CASTRONOVO, "*La responsabilità civile: esperienze europee a confronto*", en *I cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana*", actas del Congreso celebrado en Ferrara, del 26 al 28 de septiembre de 1996, Cedam, Padua, 2002, pág. 416, puntualiza que no hay identidad entre las regulaciones alemana e italiana en materia de daño no patrimonial, y que la primera es más precisa. He analizado ambas normativas en LEÓN, Leysser L., "*Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*", cit., págs. XVI y sgtes.

viejo en el momento mismo de finiquitación de la compilación. En síntesis, entonces, el sistema italiano nace bipolar, con el legislador que se hace cargo de la progresiva tipificación de las hipótesis que la sociedad considere merecedoras de un resarcimiento con función punitivo-satisfactiva"[72].

Las conclusiones de Fernández Sessarego se hacen más difíciles de entender en este punto, por cuanto él declara conocer que: "el modelo italiano, para nosotros asistemático, se origina en que, cuando aparece en el escenario jurídico italiano la figura del «daño a la persona», se encuentran problemas, aparentemente insalvables, para fundamentar legalmente la reparación de las consecuencias no patrimoniales de esta nueva categoría de daños al ser humano. En efecto, el artículo 2059° del Código civil italiano de 1942, establece que «el daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la ley». Y, según lo dispuesto en la ley, es decir, en el artículo 185° del Código Penal italiano, sólo los daños «morales» ocasionados a raíz de un delito merecen ser indemnizados. Es decir, todos los demás daños a la persona de carácter no patrimonial no eran dignos de ser reparados. Pero, en contraste con la absurda y restrictiva disposición del artículo 2059° en referencia, el numeral 2043° del Código civil italiano prescribe, genéricamente, que quien comete un daño injusto, por dolo o culpa, está obligado a repararlo. Este contraste dio origen a todo un largo período de explicables incertidumbres tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. A pesar de la restricción contenida en el mencionado artículo 2059° del mencionado cuerpo legal se consideró por un sector de la doctrina como justo y apropiado no dejar de indemnizar los múltiples daños a la persona de carácter no patrimonial que no fueran, en sentido estricto, un daño «moral». Esta inquietud motivó que las escuelas genovesa y pisana, en la década de los años setenta del siglo XX, buscaran un fundamento legal adecuado para el efecto de proceder a la indemnización del «daño a la persona» de consecuencias no patrimoniales. Fue así que se creó por la escuela pisana la figura del «daño a la salud», que no es otra cosa que el daño a la persona que incide en su estructura psicosomática, para tratar de fundamentar el daño a la persona en el artículo 32° de la Constitución italiana de 1947 que tutela, precisamente, la salud"[73].

Todo ello no es incorrecto sino en cada una de las menciones del "daño a la persona", inexistente como categoría en el ordenamiento jurídico italiano.

Lo correcto es comunicar que en Italia, en palabras de Adriano De Cupis, se debe resarcir el daño que el Código italiano nomina "no patrimonial", y que "tiene por objeto el interés correspondiente al bien interior de la persona, considerado en cuanto tal, pero sólo cuando [el] hecho ilícito, productor de dicho daño, también constituya delito. Esta limitación depende del artículo 2059 del Código Civil, que ha pretendido circunscribir a los casos determinados por la ley el resarcimiento del

---

72 COMANDÉ, "*Il danno esistenziale e il «diritto pigro»*", cit., págs. 66-67.

BONILINI, *op. cit*., pág. 85, coincide en señalar que la opción del Código Civil italiano de 1942 fue "infeliz: tanto respecto del núcleo preceptivo –limitación de los casos en los cuales reconocer la reparación– cuanto respecto de la impropia formulación de la norma".

73 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., págs.13-14.

daño no patrimonial: estos casos, en concreto, son principalmente aquellos en los cuales el hecho constituye delito (artículo 185 del Código Penal); y lo que es más, bien se puede decir que se reducen a tales casos. Por lo tanto, el resarcimiento del daño patrimonial (indirecto) está subordinado a la condición de la existencia efectiva de dicho daño (el cual no constituye una necesaria consecuencia de la lesión del bien personal); en cambio, el resarcimiento del daño no patrimonial (directo) está subordinado a una específica calificación jurídica –penal– del hecho dañoso: aun cuando la lesión del bien personal contiene en sí misma, siempre y necesariamente, un daño de naturaleza no patrimonial, el resarcimiento correspondiente halla un obstáculo: obstáculo de naturaleza legal, derivado de la limitación establecida por el artículo 2059 del Código Civil. El principal fundamento de esta limitación es, justamente, el carácter inestimable en lo pecuniario de los bienes interiores a la persona. Al consistir el resarcimiento en la atribución al damnificado de una suma en dinero correspondiente a la medida, pecuniaria, del bien destruido o afectado, no se ve cómo puede determinarse aquella suma, cuando la medida pecuniaria de tal bien no admite expresión –lo cual se verifica, ni más ni menos, para los bienes interiores a la persona (integridad física, libertad, honor, etc.)–. Es cierto que el juez, con su valoración equitativa [...] arriba a la medida pecuniaria, incluso respecto de tales bienes; pero, entonces, es su arbitrio equitativo el que supera, por un fin superior de justicia, el intrínseco obstáculo correspondiente a la naturaleza de los bienes, para efectos de brindar una reparación, la cual, más que un equivalente real del bien afectado, pretende ser una compensación genérica a la felicidad personal que ha resultado comprometida. El resarcimiento del daño no patrimonial constituye, por lo tanto, una figura jurídica de índole especial: y se explica, de igual forma, porqué los compiladores del Código Civil decidieron circunscribirlo dentro de límites bien definidos, compatibles con su peculiar carácter"[74].

Y como quiera que sea, es decir, aunque se malinterprete la doctrina italiana, la Corte di Cassazione italiana acaba de establecer en un recientísimo fallo que el daño no patrimonial mencionado en el artículo 2059 del Código Civil de 1942 no puede seguir siendo identificado (según la tradicional y restrictiva lectura de esta norma)[75] "con el mero daño moral subjetivo, constituido por el sufrimiento contingente y la perturbación transitoria del ánimo, determinada por un hecho ilícito constitutivo de delito. La norma debe entenderse como categoría amplia, comprehensiva de toda hipótesis en que se verifique una injusta lesión de un valor inherente a la persona, constitucionalmente garantizado, de la cual se deriven perjuicios no susceptibles de valoración económica, y sin sujeción al límite que se deduce de la reserva de ley asociada con el artículo 185 del Código Penal"[76].

---

74 DE CUPIS, *op. cit.*, pág. 55 (las cursivas son añadidas).

75 De la que he rendido cuenta en LEÓN, Leysser L., "*Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*", cit., pág. XVIII.

76 Tal es la máxima jurisprudencial, no oficial, que se deduce de: Corte di Cassazione, Sezione III, sentencia n. 8828, del 31 de mayo del 2003, publicada en "Danno e responsabilità", agosto-septiembre del 2003, págs. 816 y sgtes., con valiosos comentarios de BUSNELLI, "*Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*", *ivi*, págs. 826 y sgtes.; de PONZANELLI, "*Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della*

Y lo decía el mismo maestro romano, De Cupis: "pueden verificarse situaciones tales que susciten serias dudas sobre la equidad, y conveniencia de la solución legislativa [del artículo 2059]. Piénsese en la hipótesis en que la lesión del bien personal no revista las características del ilícito penal (de modo que, además de estar ausente la sanción penal, no exista el resarcimiento del daño no patrimonial: artículo 2059), y en que, por añadidura, no se pueda demostrar la existencia de un daño patrimonial. Entonces, el daño no patrimonial, existente, no es resarcible por voluntad de la ley, y el daño patrimonial, inexistente, no es resarcible por su propia inexistencia: la lesión del bien personal, a pesar de constituir una violación del orden jurídico, a pesar de representar un ilícito civil, está completamente desprovista de sanción (con prescindencia de alguna forma de reintegración en forma específica, como la publicación de la sentencia de condena, y de la orden judicial de cesación del hecho lesivo [...]). Esta situación, referida a los mayores bienes humanos, no parece satisfacer nuestra conciencia. *En definitiva, por graves que sean las objeciones aducibles contra el resarcimiento del daño no patrimonial, parece ser equitativo extenderlo más allá del ámbito de los delitos*. Un fin superior de justicia reparadora, como hemos visto, permite atribuir, a través del arbitrio equitativo del juez, una medida pecuniaria a los bienes personales; dicha medida parecería contrastar con su naturaleza intrínseca; pero en el derecho, la lógica y la racionalidad deben evaluarse, en definitiva, a la luz de la equidad; y no puede negarse que constituye un resultado de equidad atribuir una reparación por el daño causado a uno de aquellos preciosos bienes que son inherentes al hombre, del mismo modo que constituye un resultado no equitativo, por el contrario, dejar privado de reparación al mismo daño"[77].

---

*Corte di cassazione*", *ivi*, págs. 829 y sgtes.; y de PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino, "*L'art. 2059 c.c. va in paradiso*", *ivi*, págs. 831 y sgtes.

Con posterioridad al citado fallo de la instancia casatoria, y a su gemela, la n. 8827, del mismo 31 de mayo del 2003, la Corte Costituzionale, mediante sentencia n. 233, del 11 de julio del 2003, en "Il Foro italiano", vol. CXXVI, 2003, cols. 2202 y sgtes. ha establecido que "es infundada la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 2059 del artículo 2059 del Código Civil, en tanto y en cuanto esta norma debe ser interpretada en el sentido de que el daño no patrimonial, si referido a la abstracta *fattispecie* de delito, es también resarcible en la hipótesis en la cual, en sede civil, la culpa del autor del hecho resulte de una presunción de ley, en referencia al artículo 3 de la Constitución (sobre la base de este principio ha sido declarada inadmisible la ulterior cuestión de legitimidad constitucional del artículo 2059 del Código Civil atendiendo a que limitaría la resarcibilidad del daño no patrimonial sólo a los casos establecidos por la ley, en relación con los artículos 2 y 3 de la Constitución)".

77 DE CUPIS, *op. cit.*, pág. 56. Esta propuesta de interpretación, que, como se aprecia, ha sido confirmada por la Corte di Cassazione, tiene precedentes en otras obras de DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, 2ª. ed., en *Commentario del codice civile*, al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA, Zanichelli Editore y Società Editrice del Foro Italiano, Bolonia y Roma, 1971, pág. 158; ID., *Il danno*, 3ª. ed., vol. II, Giuffrè, Milán, 1979, pág. 260.

Desde el punto de vista de la protección constitucional de los derechos inviolables, que impondría la ilegitimidad de la tradicional asociación del artículo 2059 del Código Civil italiano con el artículo 185 del Código Penal, NAVARRETTA, "*Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*", en "Danno e responsabilità", 2002, pág. 875, llega a conclusiones similares: "la Corte debería pronunciarse por la ilegitimidad parcial de lo que disponen, combinadamente, los artículos 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal, en la parte en que descartan la protección resarcitoria por los daños no patrimoniales si se presentan ilícitos civiles, penalmente no relevantes, que ocasionan una seria lesión de derechos

**2.** Por esta última razón, por la inexistencia en nuestro medio de los elementos legales que autorizan a razonar en función de la patrimonialidad y no patrimonialidad del daño, discrepo de los planteamientos de Trazegnies y Espinoza Espinoza, y del mismo Fernández Sessarego[78], que son perfectamente coherentes si y sólo si se admite la distinción mencionada.

Y aquí no se trata –apréciese bien– de una mera opción doctrinaria, porque el daño patrimonial y no patrimonial son, por encima de todo, categorías que cuentan con un reconocimiento legislativo que condiciona, a su vez, todas las lecturas italianas y germanas a las que recurramos para construir nuestros propios discursos al respecto.

Hay que saber, además, y por si restara alguna duda, que la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial tiene mucho de defectuosa[79].

---

inviolables de la persona (como en el caso de los daños por fallecimiento) o que, de alguna manera, realizan una lesión de tal gravedad que perjudica los valores constitucionales en su núcleo intangible".

78 En efecto, en FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Nuevas reflexiones sobre el «daño al proyecto de vida»*", cit., pág. 167, leo, a la italiana, que "en lo que respecta a las consecuencias del daño cabe distinguir el daño *personal* o extrapatrimonial del daño *no personal* o daño patrimonial. Las primeras son las que, por la naturaleza de aquello que es materia del daño, no pueden ser valorizables en forma inmediata y directa, en dinero, podría ser el caso, por ejemplo, de un daño psíquico o de un daño al «proyecto de vida». En ambos casos, como es evidente, es del todo imposible valorar en dinero dichas consecuencias. No obstante, sería injusto no reparar el daño causado".

A esta referencia a los "daños personales", también enunciada por CÁRDENAS QUIRÓS (véase *retro*, § 4) hay que oponer lo que decía, hace años, RAVAZZONI, *op. cit.*, pág. 84, nota (1): "Si el daño consiste en una situación subjetiva de desventaja, con la característica fundamental de ser duradera (y si, justamente, sólo el daño patrimonial es duradero) parece ser evidente la impropiedad de hablar de *daño personal*. El daño, en realidad, consistirá en las consecuencias de la lesión personal; pero el daño jamás podrá ser *personal*; sería como hablar –y hablar seriamente–, qué se yo, de daño edilicio, para indicar el daño que derive de la destrucción de un edificio, y de daño automovilístico, para el daño que derive de los desperfectos ocasionados a un automóvil, etc. Si bien es cierto que, sobre todo en la práctica, el uso de abreviaciones elípticas, por más inexactas que estas sean, encuentra una justificación, nos parece, en cambio, que ello debe ser evitado en sede doctrinal, aunque conlleve emplear expresiones que no sean muy breves" (las cursivas son añadidas). Y con mayor énfasis (*ivi*, p. 100), el mismo autor añade que: "la noción del llamado daño personal, en realidad, es jurídicamente insostenible. Y la razón no es la impropiedad de la expresión –la cual se podría solucionar, de todos modos, con la adopción de otra terminología–, sino por la sustancial y definitiva imprecisión y por lo inadecuado del concepto. Probablemente, se pretende sostener que es daño personal el que se concreta en una lesión corporal, o quizás también en una enfermedad; pero luego, en un plano propiamente jurídico, se afirma que el daño personal es el que lesiona «los bienes de la personalidad». Pero, francamente, no se comprende porqué en semejante categoría (que hace eco de las formuladas por GABBA y MESSINEO) se deben incluir algunas especies de daño a la persona física y no también, por ejemplo, la perturbación o el dolor por la pérdida de un ser querido; a nosotros nos parece absolutamente incontestable que en un caso de dicho género se presenta la lesión de un «bien de la personalidad» (lo cual, obviamente, es una cosa totalmente distinta de la lesión de los derechos de la personalidad)".

79 FERNÁNDEZ CRUZ, *op. cit.*, pág. 269, dice no creer "en la existencia de diversas categorías del daño resarcible, pues éste es uno solo que, para ser calificado como tal, debe cumplir con ciertos requisitos: el de su certeza (fáctica y lógica); el no haber sido resarcido al momento de invocar la tutela resarcitoria; el de su especialidad (que afecte el interés de un sujeto o de un ente, colectivo que han merecido juridicidad por el orden); y, por supuesto, que se trate de un daño injusto".

Ochenta años atrás, Ambroise COLIN y Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 4ª. ed., Dalloz, París, 1924, pág. 373, escribían: "*la nature du dommage causé importe peu*".

Un agudo autor como Francesco Donato Busnelli pone en evidencia que la identificación "en negativo" de ciertos daños (los no patrimoniales) ha sido siempre "equívoca e insatisfactoria. Ejemplar es la figura de los daños a la salud: estos son evidentemente «no patrimoniales» en atención al interés lesionado; pero son también «patrimoniales», indudablemente, en atención a su susceptibilidad de ser valorizados en dinero, y sobre todo, a la función esencialmente compensatoria de su resarcimiento. [...] Son de preferir, entonces, las técnicas de identificación «en positivo». De esta naturaleza es la técnica adoptada en la Directiva comunitaria en materia de responsabilidad por productos defectuosos. En ella se distingue, en el ámbito general de los daños a la persona, los daños «causados por lesiones personales», para los cuales se prevé una regla general de resarcibilidad, con un reenvío, para los daños morales (*pain and suffering*, *Schmerzensgeld*) a los distintos ordenamientos de los países miembros"[80].

El comparatista de la Universidad de Nápoles, Antonino Procida Mirabelli Di Lauro, con mayor audacia, llega a postular que "la patrimonialidad no es un elemento constitutivo del daño resarcible, ni en lo atinente a la reparación en dinero ni en lo tocante a la reintegración en forma específica, frente a las cuales dicha característica es aun más insignificante"[81].

Por todo ello, constituye un verdadero espejismo percibir que en el Perú exista una pugna entre juristas obsesionados con el patrimonio –"con el vil patrimonio"– y iusfilósofos vindicadores del humanismo[82].

Hace años, por lo demás, se objetó, y hay que saberlo, que existen "quienes han pretendido distinguir a los comentaristas entre quienes creen en el daño a la persona (consecuentemente son humanistas) y los que no creen en la categoría específica (por lo que son tildados de materialistas). Incluso se ha dicho que el Código de 1984 es humanista porque, entre otras cosas, incorpora el daño a la persona. En realidad, ésta es una distinción falaz. Todo el derecho pretende crear mejores condiciones de vida para la persona; esto no se logra únicamente a través

---

80 BUSNELLI, "*Interessi della persona e risarcimiento del danno*", cit., págs. 23-24.

DE CUPIS, *Il danno*, cit., vol. I, pág. 63, opina que, con todo, la denominación "daño no patrimonial" resultó preferible a la de "daño moral", en tanto más adecuada para "representar la plena comprehensividad de la categoría".

81 PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, "*Il danno ingiusto (dall'ermeneutica 'bipolare' alla teoria generale e 'monocentrica' della responsabilità civile*", en "Rivista critica del diritto privato", año XXI, 2003, pág. 236.

82 Es decir, constituye un espejismo la siguiente afirmación de FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., págs. 8-9: "Es a la luz de lo anteriormente expuesto que surge, como una consecuencia lógica de las nuevas concepciones a las que nos venimos refiriendo, la figura del «daño a la persona». Responde, por lo demás, a una inspiración humanista-personalista. Mientras no se tuviera una concepción del ser humano como aquella que nos brinda la escuela de la filosofía de la existencia hubiera sido imposible su revalorización. Al saberse que el ser humano es una «unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad» es recién que se percibe que la persona puede ser dañada en cualquier aspecto de la referida unidad psicosomática o en su libertad convertida en actos o conductas intersubjetivas, es decir, en «proyecto de vida», en libertad fenoménica. Se supera, así, la visión patrimonialista del ser humano, se consigue precisar los alcances del daño «moral» y surge la nueva figura del «daño al proyecto de vida», el mismo que ha sido avalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la de algunos países que han sintonizado con los cambios producidos en la cultura jurídica de nuestro tiempo".

de ciertas instituciones, sino mediante un espíritu que penetra y anima la integridad del cuerpo legal. Por consiguiente, aun sin aceptar los llamados daños a la persona por razones lógicas, se puede tener una visión humanista del derecho. El humanismo (o el personalismo) no consiste en repartir la palabra «persona» por todas las normas del Código, sino en construir un orden jurídico que permita una mejor calidad de vida. Aun más; sostener que los daños espirituales pueden repararse con dinero implica adoptar una posición materialista y patrimonialista porque supone que, en última instancia, el dinero proporciona toda clase de felicidades y alivia todos los males de cualquier orden. Por el contrario, quien rechaza la reparación económica del daño extrapatrimonial es porque respeta su carácter verdaderamente espiritual e íntimo (y, por tanto, es ajeno a los aspectos económicos del derecho)"[83].

**3.** Con todo, es de destacar que los elementos brindados por De Trazegnies, a diferencia de los empleados por Espinoza Espinoza –quien se vale, diestramente, del estudio de la experiencia extranjera– permiten advertir que él arriba a la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial en el marco de una investigación histórica que parte desde el derecho romano mismo[84], el cual suministra, incontestablemente, sus rudimentos. Éste puede ser un buen punto de partida para construir la distinción en el ordenamiento jurídico peruano, en una eventual reforma de la codificación.

**4.** Dado que carecemos de datos de derecho positivo que avalen un razonamiento en función de la patrimonialidad o no patrimonialidad del daño, hay que encontrar un modelo que se adapte mejor a nuestra legislación.

Esa legítima búsqueda no puede ser condicionada porque Fernández Sessarego, en ejercicio del derecho de opinión que todos tenemos, exprese lo que sigue: "el modelo que hemos dado en llamar peruano de «daño a la persona», [...], se inspira en el modelo italiano pero, [...], al no tropezar con los problemas legislativos que, en su caso, encontró el modelo italiano por obra del artículo 2059° de su Código civil, ha tenido libertad, sobre la base de un más afinado conocimiento de la estructura del ser humano, de elaborar un modelo que no se sujeta al molde italiano. El modelo peruano se sustenta en aquello que realmente se puede dañar tratándose de la estructura ontológica del ser humano. Es, por ello, que considera tan sólo dos categorías de «daño a la persona». La primera, como está dicho, es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona la libertad fenoménica, es decir, el «proyecto de vida», que es la presencia de la libertad ontológica –en que consiste cada ser humano– en el mundo exterior,

---

83 DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pág. 111.

84 DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pág. 53, hace ver que "el dinero es ineficaz para estimar los bienes interiores de la persona, demasiado importantes para la misma persona, demasiado impregnados de su individualidad, y demasiado superiores a los demás bienes, como para mezclarse con estos últimos, y como para niverlarse, a través de precisas valorizaciones numérico-pecuniarias. En el derecho romano, tales conceptos hallaron escultórea expresión: "[...] *liberum corpus aestimationen non recipiat*" (L. 3 D. 9, I); "[...] *in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*" (L. I § 5 D. 9, 3); "*Cicatricium* [...] *aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*" (L. 7 D. 9, 3). [...], la naturaleza inestimable no se limita a los atributos o cualidades físicas del hombre; ella se extiende a todas las cualidades, físicas y morales, que componen su ser".

en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas. Esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida, en última instancia, a la realización del personal «proyecto de vida». Es decir, de aquello que la persona decidió *ser* y *hacer* en su vida para otorgarle un sentido valioso. No podemos olvidar que la vida es una ininterrumpida sucesión de quehaceres –que responden a decisiones de la libertad que somos– mediante los cuales se despliega el temporal «proyecto de vida»"[85].

**5.** Como ya he demostrado en un estudio precedente[86], y pese a todas las imperfecciones del articulado del Código Civil peruano, el modelo que estamos buscando es el francés.

Un apreciado amigo italiano, P. G. Monateri, de juicios acostumbradamente certeros, aconseja, para su propio ordenamiento, que las preocupaciones suscitadas por el *danno morale* en la jurisprudencia y en la doctrina "salden cuentas" con la experiencia francesa, la cual se funda "en un principio de normal resarcibilidad del daño moral en las hipótesis de responsabilidad extracontractual, e incluso de responsabilidad contractual, [...]. También en Francia, naturalmente, han existido posiciones contrarias a ello, pero las mismas han terminado siendo minoritarias, y *el resarcimiento del daño moral es, hoy por hoy, admitido para las consecuencias no patrimoniales de las lesiones a la integridad corporal, en caso de lesión de los derechos de la personalidad y en caso de violación formal de un derecho subjetivo*, sin que el sistema francés haya colapsado jamás, o haya brindado una prueba de sí mismo que sea peor que la del sistema italiano. Si observamos detenidamente los datos que tenemos frente a nosotros, me parece que, en realidad, nuestro ordenamiento bien puede orientarse hacia soluciones a la francesa"[87].

**6.** No existe ningún inconveniente para asumir que la distinción acogida por nuestro legislador, con conocimiento o no, coincide con la doctrina francesa, que se limita a distinguir el daño material (*dommage matériel*), que afecta el patrimonio de la víctima, del daño moral (*dommage moral*), que no tiene incidencia económica directa[88].

---

85 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., págs. 16-17.

86 LEÓN, Leysser L., "*Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*", cit., pág. XXXI.

87 MONATERI, *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Rodolfo SACCO, Utet, Turín, 1998, págs. 298-299.

88 Así se expresaban, en la doctrina más antigua, Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, parte I, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1930, págs. 751: "*tout espèce de préjudice justifie une action en justice, qu'il touche la personne ou les biens, qu'il soit matériel ou moral, susceptible ou non d'une évaluation exacte en argent*".

Entre los autores más recientes: Chr. LAPOYADE DESCHAMPS, voz "*Dommages et intérêts*", en *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, t. V, Dalloz, París, 1997, págs. 25 y 30 (de la separata), quien también hace mención (p. 28) al *dommage corporel*, de raíz jurisprudencial, que "consiste en un atentado a la integridad física y que debe ser reparado tanto en sus consecuencias económicas cuanto en sus consecuencias personales".

**7.** En otras palabras, pienso que no hay razón para entender en sentido restringido –como propone el profesor Cárdenas Quirós– la norma del artículo 1984, en la cual, por lo demás, no se habla de la "admisibilidad" del otorgamiento, por parte del juez, de una satisfacción económica por concepto de daño moral (no se dice que el daño moral "sea procedente" o no), sino, directamente, de los criterios para su evaluación.

Por el contrario, el *préjudice moral* sigue siendo "*le dommage atteignant les intérêts extrapatrimoniaux et non économiques de la personne, en lésant ce que l'appelle les droits de la personnalité*. [...]. *Sans doute l'on peut reconnaître un caractère spécifiquement moral à l'atteinte aux idées, aux croyances, à la pudeur d'une personne; de même aux atteintes à la sensibilité et à l'affection résultant de la mort ou même de blessures graves subies par un être proche et aimé*"[89].

Tampoco me parece que exista razón para admitir una visión antojadiza del "daño moral" en los siguientes términos: "el mal llamado daño «moral» no es una instancia autónoma o diferente del «daño a la persona» sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. De ahí que, a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño «moral». Lo que se daña son los *principios morales* de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En síntesis, a propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto. De ahí que el mal llamado daño «moral» –que es exquisitamente jurídico– se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico «daño a la persona» en la categoría del «daño psicosomático», preponderantemente de carácter psíquico. Una afrenta o agravio a los «valores morales» de una persona lo que lesiona, en última instancia, es su psiquismo, el mismo que sufre alteraciones o perturbaciones de distinta intensidad. Un daño al honor, a la identidad o a la intimidad, por ejemplo, repercuten en la psique del sujeto causando perturbaciones diversas. Lo mismo ocurre frente a la pérdida de un ser querido. De ella también se derivan consecuencias emocionales, psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas como se ha señalado"[90].

En todo el discurso anterior de Fernández Sessarego se ignora la historia –omito, conscientemente, escribir "tradición"[91]– del "daño moral" en su ordenamiento de

---

89 MARTY, Gabriel y Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 1, *Les obligations*, Sirey, París, 1962, págs. 360-361. En el mismo sentido: COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, t. II, pág. 373, quienes identican el *dommage moral* como aquel que afecta a la víctima "*dans sa personne physique*"; JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, París, 1930, pág. 215: "*le dommage moral peut revêtir, lui aussi, deux aspects différents: une personne peut être atteinte soit dans son honeur, sa réputation, sa considération, en un mot dans son patrimoine moral, soit dans ses affections, comme si son conjoint ou son proche parent vient à périr dans un accident de locomotion*"; y desde el punto de vista jurisprudencial, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, t. VI, parte I, págs. 753 y sgtes.

90 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., págs. 16-17.

91 Porque FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Daño moral y daño al proyecto de vida*", cit., pág. 13, conjetura, erróneamente, que la equivalencia conceptual entre el daño a la persona y el daño moral está inspirada "en un respetable espíritu conservador, tan propio de los juristas, o de inútil pleitesía a la tradición. Comprendemos esta posición, aunque no la compartimos en base a la realidad misma de la naturaleza bidimensional del ser humano. Lo específico no puede contener a lo genérico".

origen, y se pretende encaminar equívocamente la interpretación que pueden elaborar, sin ningún problema, los operadores del derecho en nuestro medio.

**8.** Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales.

"Moral" no es lo contrario de "jurídico"; "moral" es lo contrario de "material".

Es ejemplar que, pese a su limitada, pero no intrascendente, condición de difusora, en el mundo de habla castellana, del pensamiento jurídico alemán, italiano y francés[92], la doctrina española no haya tenido problemas para entender, desde hace décadas que "el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados"[93], o que el "daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad. [...] La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano"[94].

---

92 Lo ha destacado uno de los más importantes comparatistas del mundo, el profesor turinés Rodolfo SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª. ed., en *Trattato di diritto comparato* dirigido por Rodolfo SACCO, Utet, Turín, 1992, pág. 241.

93 ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, "*La responsabilidad por daño moral*", en "Anuario de derecho civil", t. XIX, fasc. 1, 1966, pág. 85, con amplias referencias sobre las doctrinas francesas e italiana de la época.

94 CRISTOBAL MONTES, Ángel, "*El daño moral contractual*", en "Revista de derecho privado", t. LXXIV, 1990, pág. 3, quien sostiene, además (págs. 3-4), lo siguiente: "Lo que no puede valorarse patrimonialmente no es el daño inferido, sino el bien dañado, el particular bien incorporal o ideal que ha sufrido quebranto, y esto es, precisamente, lo que genera las dificultades a la hora de cuantificar aquél, pero no su imposibilidad, porque de ser así estaríamos abocados a la *contradictio in adiecto* de tener que resarcir en dinero algo que no cabe evaluar en dinero. Cuánto vale la salud, desde luego que no puede estimarse, pero cuánto cuesta recuperar la salud, sí que es susceptible de cuantificación".

Pese a autodenominar "estricta" su noción del daño moral, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 328, afirma, inspirándose en su propia lectura del clásico ensayo de Renato SCOGNAMIGLIO, "*Il danno morale*", en "Rivista di diritto civile", 1957, parte I, págs. 277 y sgtes.: "nosotros nos inclinamos por entender que el denominado daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carece de justificación. Aun concebido en los estrictos términos que se acaban de esbozar, *no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable*, sino, como señaló, Renato SCOGNAMIGLIO, *aquel que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad*".

Una interpretación semejante sí se ha presentado en materia de daño moral por incumplimiento de obligaciones: Felipe OSTERLING PARODI, *sub* artículo 1383, en COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936, *Código Civil*, V, *Exposición de motivos y comentarios*, cit., págs. 448-449: "Daño moral es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los

En consecuencia, creo que no es admisible sostener –tal cual hacen Fernández Sessarego[95] y Espinoza Espinoza[96]– que el daño moral constituye una "especie" del daño a la persona. Si se presta atención a la bipartición original francesa –que es la que debe seguirse–, la interpretación es en sentido contrario: el daño moral comprende el daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimientos de ánimo[97].

**9.** Y porque así están las cosas, la cancelación de la expresión "daño a la persona", del articulado del Código Civil –cancelación ya virtualmente concretizada en la práctica judicial que la desconoce por completo, y en la doctrina, que no la admite como sustitutiva del "daño moral"– es digna de ser promovida.

### 7.4. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL LLAMADO "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Se dice que el "daño al proyecto de vida" sería el daño más profundo, más grave, que se puede causar al ser humano, entendido como ser que se proyecta permanentemente, para vivir, y como ser libre y temporal[98].

El "proyecto de vida" se fundamenta "en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza, sólo el ser humano [...] es capaz de «proyectar su vida» ya que ello sólo es posible tratándose de un ser «libre», coexistencial, y a la vez «temporal». Sólo el ser humano, en tanto *ser libertad*, es capaz de elegir un «proyecto de vida». Este proyecto puede ser dañado en su cumplimiento en cuanto se despliega dentro de una coexistencialidad con otros seres. De otro lado, el «daño al proyecto de vida» es un daño actual, pero que se proyecta al futuro. Es un daño cierto y continuado. No se agota en un instante. Sus consecuencias, por lo general, acompañan a la persona hasta su muerte. [...] Un daño psicosomático puede afectar, en cierta

---

derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *stricto sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual".

95 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Daño moral y daño al proyecto de vida*", cit., pág. 18: "El daño moral, como tantas veces lo hemos señalado, compromete primariamente la esfera emocional o sentimental de la persona. Es, por ello, un daño predominantemente psíquico. Se trata de «un» daño entre los múltiples otros daños que pueden afectar el soma, la psique o la libertad de la persona. Por ello, no entendemos cómo lo genérico, que es el «daño a la persona» puede incluirse dentro de un muy específico tipo de daño como es el mal llamado 'daño moral'. No es concebible reducir «todo» el daño que se pueda infligir a una persona dentro del limitado concepto de daño «moral»".

El autor (pág. 19) comete los mismos errores de MOSSET ITURRASPE, al afirmar, enfáticamente, que el "daño moral" no es "moral", sino "jurídico". Ignora, entonces, o se resiste a aceptar, que aquí se habla de "moral", no como sinónimo de "ético", sino como contrario a "material", del mismo modo que se habla de personas "morales" (para las personas jurídicas) o del derecho "moral" del autor.

96 ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, pág. 181, "si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto a su contenido extra-patrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie".

97 De acuerdo: DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., t. II, pág. 107.

98 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Daño moral y daño al proyecto de vida*", cit., págs. 14 y sgtes., especialmente, pág. 16.

medida, la plena o parcial ejecución del «proyecto de vida». La persona puede verse impedida de realizar a plenitud lo que, por ser libre, «decidió ser» o, tan sólo, ver menoscabada o retardada tal realización. La persona, en un caso límite, como derivación de un daño al «proyecto de vida», puede ver frustrada su propia realización existencial. El trastrocamiento o frustración del «proyecto de vida» puede comprometer, en diverso grado o intensidad según los casos, el futuro de la persona. «Dejar de ser lo que se proyectó ser» puede tener como consecuencia el que la vida de la persona pierda «su sentido», su razón de ser, al no poder continuar vivenciando, con la misma intensidad, los valores que signaron su proyecto existencial y que, posiblemente, llegaron a justificar su razón de existir"[99].

Fernández Sessarego especula que su planteamiento al respecto ha logrado respaldarse en el derecho "vivo" –la terminología es del jurista austriaco Eugen Ehrlich– según cuanto fluye de la argumentación judicial expresada en fallos recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José (Costa Rica), en causas resueltas entre los años 1998 y 2001[100].

Él dice que "en los casi diez años de elaboración del nuevo concepto de «daño a la libertad» en su expresión fenoménica o «proyecto de vida» en proceso de realización, este daño ha sido incorporado al derecho vivo tanto a nivel de la jurisprudencia supranacional como de la jurisprudencia comparada. Entre 1998 y el 2001 son tres, al menos, las sentencias de reparación de daños en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica hace referencia, analiza y repara el «daño al proyecto de vida». En ellas, la Corte considera la reparación del «daño al proyecto de vida» al lado del tradicional resarcimiento de los denominados «daños materiales» –como es el caso del lucro cesante y del daño emergente– y de la indemnización del llamado «daño moral»"[101].

Ahora bien, y en primer lugar, yo tengo a la vista la sentencia del 18 de septiembre del 2003, en la causa *Bulacio* vs. *Estado de la República Argentina*, y allí veo, escrito en letras bien claras que la distinción en materia de daño es la clásica francesa, es decir, entre daño material y daño inmaterial.

A esta última bipartición se suman, también de modo expreso, otros principios de raíz francesa: el de la "reparación íntegra del daño" (*réparation intégrale*)[102] y el de la "pérdida de la posibilidad de obtener una utilidad en el futuro" (pérdida de la *chance*)[103].

---

99 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Nuevas reflexiones sobre el «daño al proyecto de vida»*, cit., pág. 179.

100 FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., págs. 58 y sgtes.

Las sentencias citadas se pueden que consultar en http://www.corteidh.or.cr.

101 FERNÁNDEZ SESSAREGO, *loc. ult. cit.*

102 LAPOYADE DESCHAMPS, *op. cit.*, pág. 2, quien subraya el carácter constitucional del principio: "*actuellement, la question des dommages intérêts es essentiellement dominée par le principe de réparation intégrale, règle fondamentale et même peut-être constitutionnelle*".

LE TOURNEAU, Philippe, voz "*Responsabilité (en général)*, en *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, t. VIII, Dalloz, París, 2001, pág. 17 (de la separata), prefiere hablar de reparación *apropiada*: "*l'expression de réparation intégrale est traditionnelle, mais nous lui préférons celle de réparation appropriée, notamment parce que les dommages et intérêts servent moins à réparer qu'à compenser le préjudice*".

103 LEÓN, Leysser L., "*Consideraciones sobre los daños por homicidio de un ser querido y las técnicas para su resarcimiento*", cit., págs. XXIV y sgtes.

En efecto, la Corte, presidida, como en las sentencias de años precedentes, referidas por Fernández Sessarego, por Antônio A. Cançado Trindade, señala que el motivo de la suma en dinero a concederse a los familiares de Walter David Bulacio, joven argentino de 17 años, detenido arbitrariamente en un operativo, y fallecido en un hospital a consecuencia de las lesiones físicas infligidas por efectivos policiales, se funda –apréciese bien– en la violación, generadora de daño, de una obligación internacional por parte del Estado, lo cual es un principio afirmado en la jurisprudencia de la propia Corte. Dicha obligación "de reparar" –se dice también– se regula "en todos sus aspectos" por el derecho internacional.

Así se entiende que la suma en dinero asignada a los familiares comprenda, en cuanto al daño material, conceptos que en nuestro medio serían más que discutibles, como la posibilidad de que Bulacio se hubiese convertido en un *caddie* de golf, o hubiese seguido la carrera universitaria de abogado (¡!).

Por ambos rubros, determinados mediante cálculo de probabilidades, a la manera de los jueces del *common law*[104], se hace de cargo del Estado de la República Argentina, el pago de 124,000.00 dólares estadounidenses, que incluyen cierto "daño patrimonial familiar".

En cuanto al daño inmaterial, se expresa que éste "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia".

Luego se dice que "la jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación. *No obstante, por las graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los hechos causaron a la víctima y a sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de la familia y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos, la Corte estima pertinente el pago de una compensación por concepto de daños inmateriales conforme a equidad.* En casos anteriores, este Tribunal ha señalado que cuando existe un reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado *no se requieren pruebas para demostrar el daño ocasionado*"[105].

Reviste carácter fundamental, para la resolución final, el dictamen de una psicóloga, la Dra. Graciela Marisa Guilis:

> "Se refirió al impacto de los hechos de que fuera víctima Walter David Bulacio sobre el grupo familiar. La familia de Walter tenía, hasta el momento de los hechos, una estructura tradicional. La muerte de aquél produjo una ruptura que marcó «un antes y un después en la forma de existencia de esta familia». Cuando alguien pierde al cónyuge se lo llama viudo; a quien pierde un padre o una madre, se lo nombra huérfano, pero no hay nombres, en ninguna lengua, para nominar a quien sufre la muerte de un hijo. Sólo en hebreo hay un término que califica esa situación, que es «chacol», cuya traducción más aproximada corresponde a la idea de abatimiento del alma. Ésta sería la única nominación para un padre o una madre con respecto a la muerte de un hijo, y esa es la dimensión catastrófica que adquirió la muerte de Walter David en sus padres. El duelo

---

104 LEÓN, Leysser L., *op. ult. cit.*, pág. XXIX.

105 Las cursivas son añadidas. Un sector de la doctrina italiana considera que en la satisfacción monetaria por concepto de *pretium doloris*, o *danno morale soggettivo*, se presenta un daño *in re ipsa*, es decir, que no necesita ser probado: FRANZONI, "*Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*", cit., pág. 1037.

existe claramente en el caso de los padres respecto a la muerte de sus hijos, pero el componente de la intervención del Estado, en este caso, tuvo incidencia en el tipo de duelo y en la situación de la familia. Se supone que el Estado es un garante, o bien, un tercero de apelación en el «contrato social entre los ciudadanos y las instituciones del Estado». *Ante una intromisión de éste se produce una afectación en la subjetividad de la familia, es decir, en sus proyectos de vida y, en definitiva, en su pertenencia a ese espacio social, con los consecuentes daños psicológicos*. Es por ello que «sólo el Estado puede devolverle la justicia a estos familiares, [y] un lugar en la sociedad», dando respuesta a preguntas básicas que se formula cualquier familiar en un duelo normal, como por ejemplo: «¿cómo sucedió?», «¿quién fue el responsable?», «¿en qué circunstancias ocurrió?». De lo contrario, los familiares asumen una culpabilización acerca de la muerte del ser querido. Con respecto a la imagen de Walter David, la familia, soportó además las sospechas de que por su condición de adolescente, éste estuviera inmiscuido en alcoholismo, drogadicción o que tuviese conductas sexuales alteradas, imputaciones que fueron finalmente desvirtuadas"[106].

Y el alegato de la Corte es como sigue:

"Walter David Bulacio y sus familiares experimentaron *sufrimientos morales* como consecuencia de los hechos del presente caso. Por ello, tienen derecho a reparación, pues «es claro […] que la detención y muerte de Walter ha tenido un impacto catastrófico para la familia»; el daño producido como resultado de la situación traumática que vivieron ha dejado efectos y marcas, muchas de ellas «irremediables». Asimismo, los familiares de la víctima han buscado justicia durante casi doce años, sin alcanzar resultados efectivos, lo cual también ha tenido efectos negativos en ellos. En particular, la Comisión señaló que:

*a*) es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un profundo sufrimiento moral, que se extiende a los miembros más cercanos de la familia, particularmente a aquéllos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima;

*b*) la familia de Walter David Bulacio «se derrumbó» después de los hechos, se produjo la pérdida de la estructura familiar y se han presentado consecuencias físicas, como las diferentes enfermedades padecidas por los miembros de la familia;

*c*) la hermana de la víctima, Lorena Beatriz Bulacio, ha padecido problemas de salud, ha incurrido en varios intentos de suicido y ha sido incapaz «de establecer [una] relación afectiva fuera de la familia»;

*d*) la abuela paterna también sufrió profundamente la muerte de Walter David Bulacio porque mantenía con éste una relación muy estrecha; y

*e*) la situación de los familiares se ha visto agravada por la falta de «una respuesta eficaz por parte de la justicia», ya que en esta situación «el dolor y el duelo se convierten en proceso interminable que no cesa de afectar sus vidas». Los miembros de la familia Bulacio «han sufrido una angustia

106 Las cursivas son añadidas.

tremenda debido al interminable proceso judicial y [a] la impunidad que han caracterizado el caso»".

Todo lo anterior permite conceder una suma de 210,000.00 dólares, la cual incluye, discutiblemente, 10,000.00 dólares por concepto de "gastos médicos futuros" (¿daño inmaterial?).

Decisiones de dicho tipo sólo son concebibles, como es claro, cuando la parte a la que se gravará con el pago de la compensación es el Estado.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que en la parte argumentativa de la sentencia, los jueces son libres de explayarse como les plazca, con mucha mayor razón en los tribunales internacionales de derechos humanos, donde las conexiones con el pensamiento filosófico y ético están a la vista. Lo realmente importante es no perder de vista qué es lo que propenden a resolver los magistrados –sin duda, la concesión de la máxima compensación posible a las víctimas– porque es hacia ello que se encaminan todas sus consideraciones previas.

En tercer lugar, las enseñanzas de Fernández Sessarego sobre el proyecto de vida pueden, de todas maneras, aportar elementos, también entre nosotros, para la reflexión de los jueces al momento de determinar la procedencia de la compensación por concepto de "daño moral" –o de "daño a la persona", si se apela a la desarreglada terminología del Código Civil vigente– en una determinada causa. Sin embargo, las amplias libertades que se conceden los magistrados de la Corte Interamericana no son, desde ningún punto de vista, una referencia determinante, ni un modelo a seguir, para ningún juez nacional: basta pensar en lo que se afirma sobre lo innecesario de aportar pruebas sobre el daño inmaterial (me pregunto si alguno de nuestros jueces opinaría lo mismo)[107], por lo demás, para advertir que estamos ante una sanción, y no frente a un resarcimiento o indemnización.

En cuarto y último lugar, y sin perjuicio de lo anterior, adornar con argumentos filosóficos una categoría de daño –la del "daño al proyecto de vida"– que se busca introducir en nuestro ordenamiento es una mala manera de vender una propuesta que, por presentarse así, se hace merecedora de las mismas críticas que en Italia se han formulado contra el "daño existencial".

Como bien señala y enseña Giulio Ponzanelli –con quien coincide, en algunas cosas, Fernández Sessarego, y no al revés[108]– "el crecimiento de las reglas de responsabilidad civil se ha producido siempre por medio de una fuerte oscilación entre la función de *compensation* (es decir, de reparación del daño) y de *deterrence* (es decir, de incidencia en el tipo de actividad que debe desarrollarse). Reconocer el resarcimiento del daño existencial es privilegiar, en demasía, la primera función, en total detrimento de la segunda: los riesgos, los problemas sociales y las patologías de un fenómeno de *overcompensation* son tan conocidas que aquí debe desaconsejarse todo análisis distinto. La *overcompensation*, como es sabido, constituye un fenómeno usual en

---

107 Por lo menos como aviso de alerta, cabe recordar las palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *op. cit.*, pág. 329, en defensa de su propia concepción estricta del daño moral, a tenor de la cual existiría la exigencia de que éste "no sea simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. *Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba*".

108 Aunque se escriba, equivocadamente, "PONZANELLI, uno de los *escasos críticos* de este nuevo «daño existencial» *coincide con nuestra posición*": FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»*", cit., pág. 17.

todo modelo jurídico que se considere; y ello ocurre en mayor medida donde el sistema de *Welfare* ha generado una red de intervenciones *para la protección y sostén de determinadas categorías de personas. Si las reglas de responsabilidad civil tiende a dictar sobre todo, un equilibrio de intereses entre dos posiciones en conflicto, el resarcimiento del daño existencial da la impresión de estar en capacidad de crear un fuertísimo desequilibrio*"[109].

He hecho la prueba de escribir las mismas líneas reemplazando por "daño al proyecto de vida" las menciones al "daño existencial", y el valor de la crítica se mantiene plenamente.

## 8. CONCLUSIÓN.

Famosamente, Francesco Carnelutti (1879-1965) escribió en las primeras páginas de su *Teoria generale del reato* estos versos del *Alcyone* de Gabriele D'Annunzio:

"*Ei nella solitudine si gode*
*sentendo sè come inesausto fonte;*
*dedica l'opre al Tempo; e ciò non ode*".

"Y en la soledad goza/sintiéndose como fuente inagotable/ofrenda sus obras al Tiempo; y no escucha".

Pero era Carnelutti[110].

La expresión "daño a la persona" sigue siendo inútil en el Código Civil peruano.

---

109 PONZANELLI, "*Il riconoscimento del danno esistenziale e la sua estraneità ad un moderno sistema di responsabilità civile*", en *Critica del danno esistenziale*, cit., pág. 34 (las cursivas son añadidas).

110 DE CUPIS, "*Ricordo di giuristi*", en ID., *Scuola del diritto*, Giuffrè, Milán, 1993, pág. 86, y en mi traducción al castellano, "*Recuerdo de juristas*", en "Proceso & Justicia", núm. 1, 2001, pág. 95, nota (36) cumple con aclarar, sin embargo, que, a pesar de todo, y como hacen, con humildad, las personas que admiten sus propios errores, CARNELUTTI reconoció en su obra literaria *La strada*, que aquel epígrafe fue un acto de soberbia.

De CARNELUTTI, tengo a la vista la *Postilla* a su *Lettera agli amici*, escrita para ser publicada después de su muerte, en la "Rivista di diritto processuale", vol. XX, II serie, 1965, pág. 3, y allí leo estas hermosas palabras: "Esta carta de despedida fue escrita mucho tiempo atrás, cuando no tenía cómo sospechar que el Señor iba a hacerme sobrevivir por tanto tiempo a mis mejores compañeros de trabajo: el último en partir ha sido Enrico REDENTI. Los designios del Señor son misteriosos; sin embargo, si intentara adivinar el porqué de mi sobrevivencia y de mi sufrimiento, me parecería que han sido decididos para que yo limpie mi alma de aquellas escorias de orgullo, que la perturbaban en aquel entonces, cuando la carta fue escrita, y para que así se me apareciera, no digo la vanidad, sino la pobreza de mi propia obra. Cuán lejos estoy ahora de los días en que, hace casi medio siglo, ponía punto final al prefacio de mis *Studi di diritto civile*, y más tarde, de mi *Teoria generale del reato*, con palabras de las que luego he renegado, pero cuyo error aún no había comprendido enteramente. Con la visión de hoy, lo que hice me parece, según una imagen a menudo aflorante en mis escritos, como un camino de montaña, en el cual me aventuré con valentía, pero en cuyo recorrido no he hecho otra cosa que enredarme, caer, realzarme y volver a caer. Si existiera, quizás, algún mérito que me pueda ser reconocido, es el de haber confesado siempre mis errores, cuando me he dado cuenta de ellos, y el de haber tratado de corregirlos. Ello sólo puede servir de ejemplo a los que quedan, y a los que resta confiado, no tanto la ardua tarea de la continuación, sino el renacimiento de la ciencia del derecho italiano".

## UNIDAD I: DAÑO

## 2) LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

*Felipe Osterling Parodi*

# *LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS*

1.– Concepto y elementos: (a) La inejecución de la obligación; (b) La imputabilidad del deudor; (c) El daño: (i) Concepto; (ii) ¿Cuándo procede el pago de la indemnización de daños y perjuicios?; (iii) ¿En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios y cómo se abona?; (iv) ¿Cómo se determinan los daños y perjuicios?; (v) Daño emergente y lucro cesante; (vi) Daños compensatorios y moratorios; (vii) Daños patrimoniales y morales; (viii) Daños previstos o que se pudieron prever y daños imprevistos; (ix) Daños directos e indirectos; (x) Daños intrínsecos y extrínsecos; (xi) Daños actuales y futuros; (xii) Daños propios y comunes. 2.– Fundamento de la indemnización de daños y perjuicios. 3.– ¿En qué oportunidad puede ejercitarse la acción de daños y perjuicios? 4.– La prueba de los daños y perjuicios. 5.– Responsabilidad contractual y extracontractual.

## 1. CONCEPTO Y ELEMENTOS

"Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido" (1).

Indemnizar quiere decir poner a una persona, en cuanto sea posible, en la misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización.

(1) Planiol y Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil francés, tomo VII, Las Obligaciones (segunda parte), No. 821, p. 132.

Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos:

( a ) La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo;

( b ) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y

( c ) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.

( a ) **La inejecución de la obligación**

El primer elemento, la inejecución de la obligación, no requiere mayores comentarios.

El deudor, simplemente, incumple la obligación, o la cumple en forma parcial, tardía o defectuosa, sea por acción o por omisión.

Corresponde al juez apreciar, en cada caso, la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Toca al acreedor, sin embargo, demostrar la existencia de la obligación, tratándose de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y de hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229 del Código Civil, y es por ello que el deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente (2).

( b) **La imputabilidad del deudor**

La conexión entre el dolo o la culpa y el daño exige mayores comentarios.

Para que el daño sea imputable se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación. Sólo interesa, para los efectos indemnizatorios, aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar.

Advertimos que ha merecido escaso interés la elaboración de una teoría orgánica del nexo entre el hecho o la omisión por dolo o por culpa del deudor y el daño que origina y que da lugar a la indemnización.

(2) Ver artículo 1230 del Código Civil.

Ello obedece, por cierto, a que se trata de un problema muy complejo que puede superar todos los cálculos o previsiones. La difícil cuestión del nexo causal no puede recogerse en normas abstractas. El juez, en caso de duda, deberá apreciar todas las circunstancias, y su poder para hacerlo es soberano.

La situación de imputabilidad del deudor está vinculada, en realidad, a los factores siguientes. Así como el dolo o la culpa determinan responsabilidad, la ausencia de culpa exonera de ella; el deudor en mora es responsable de los daños y perjuicios que ocasiona el retardo, mientras que el deudor no constituido en mora no incurre en responsabilidad; el deudor exonerado, por pacto, de responsabilidad, en los casos que la ley lo admite, no está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento, mientras que en ausencia de este convenio sí lo está. Sólo cabe observar que la prueba de la exoneración de responsabilidad corresponde al deudor. La inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso hace que se presuman, conforme al artículo 1329 del Código Civil, la culpa del deudor.

### ( c ) El daño

#### (i) Concepto

El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación. El daño, para ser reparado, debe ser cierto; no eventual o hipotético.

Daño es sinónimo de perjuicio. Así lo establece la mayoría de las legislaciones modernas y el Código Civil Peruano (3).

Ambas palabras, sin embargo, tuvieron en su origen un significado distinto. El daño de la ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa y, aunque no hubiera perjuicio, estaba sancionado.

El Código Civil Mexicano distingue, como regla excepcional en relación con las otras legislaciones, los conceptos de daño y de perjuicio. Aunque sus acepciones son distintas a las del derecho romano. El artículo 2108 del Código Civil Mexicano establece que "se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación"; y el artículo 2109 del mismo Código prescribe que "se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse ob-

(3) Artículos 1317, 1321 y 1331 del Código Civil.

tenido con el cumplimiento de la obligación". La distinción mexicana corresponde pues a los conceptos de daño emergente y de lucro cesante.

(ii) **¿Cuándo procede el pago de la indemnización de daños y perjuicios?**

Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio.

Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, establece el artículo 1331 del Código Civil que "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva.

Así, si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización; por ejemplo, cuando el mandatario no adquiere las acciones que le encomendó comprar su mandante y éstas bajan de valor en el mercado, siendo posible obtenerlas por un precio inferior. En este caso ¿qué se indemnizaría?

El principio general admite, sin embargo, excepciones. Las excepciones más frecuentes se presentan en las obligaciones con cláusula penal y en las obligaciones de dar sumas de dinero.

Cuando se ha estipulado la obligación con cláusula penal, el acreedor, al menos teóricamente, no tiene que probar el monto de los daños y perjuicios que le ha irrogado el incumplimiento (artículo 1343 del Código Civil).

Pero en la legislación peruana deberá hacerlo, cuando el deudor solicita la reducción de la pena, en el caso previsto por el artículo 1346 del Código Civil. Esta regla autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando es manifiestamente excesiva, y ello obliga a que usualmente ambas partes, tanto el acreedor como el deudor, se pronuncien sobre el monto de los daños y perjuicios. El primero, el

acreedor, tratando de demostrar su existencia y su cuantía para evitar que sea reducida la cláusula penal. El segundo, el deudor, tratando de probar su inexistencia, para obtener la reducción. Y es lógico que así sea; si no, ¿cómo podría el juez decidir, prima facie, que la pena es manifiestamente excesiva, desconociendo los daños y perjuicios que causa la inejecución?

Anotamos, sin embargo, que en estos casos el juez está facultado a reducir equitativamente la pena, pero que no está ni obligado ni facultado para suprimirla.

La indemnización pactada por la cláusula penal aunque en algunos casos pueda convertirse en simbólica, siempre subsiste.

En las obligaciones de dar sumas de dinero sucede algo similar respecto a la prueba de los daños y perjuicios.

Cuando no existe pacto entre las partes, la demora en entregar una suma de dinero se repara con el interés legal; aquí el acreedor no tiene que probar la existencia o el monto de los daños y perjuicios. Así lo establece el artículo 1324 del Código Civil.

Igual solución prevalece cuando las partes han estipulado un interés convencional moratorio, dentro de los límites autorizados por el legislador, para los mismos casos de demora en la entrega de una suma de dinero. Aquí el acreedor tampoco tendrá que probar la existencia o cuantía de los daños y perjuicios (artículo 1324 del Código Civil).

En otros casos la regla es distinta en cuanto a la determinación de los daños y perjuicios: cuando el legislador ha fijado un límite al monto de la indemnización, el acreedor no tendrá el derecho de exigir la reparación sino hasta ese límite. En estos supuestos, si bien subsiste para el acreedor la obligación de probar los daños y perjuicios sufridos, su cuantía está limitada por la ley (cfrse. por ejemplo el artículo 1719 del Código Civil).

(iii) **¿En qué consiste la indemnización de daños y perjuicios y cómo se abona?**

La indemnización de daños y perjuicios en el Código Civil Peruano siempre se traduce en el pago de una suma de dinero, pues es el dinero el denominador común de cualquier valor económico. Advertimos, sin embargo, que esta solución no se acepta unánimemente, pues algunos tratadistas pien-

san que puede condenarse, a veces, a reparaciones más adecuadas al perjuicio causado (4).

Además, la indemnización de daños y perjuicios, como equivalente, es concedida por el Código Civil Peruano sólo en la forma de un capital y no de una renta vitalicia, como sucede, en algunos casos, en la legislación francesa. El juez no tiene en el Perú la libertad para ordenar el pago de la reparación más apta.

La regla de que la indemnización siempre se traduce en el pago de una suma de dinero tiene una excepción: en el caso de la cláusula penal es posible que el acreedor y el deudor estipulen que por la inejecución, mora o violación de un pacto determinado, la reparación esté constituida por una prestación distinta al dinero. La reparación, en estos casos, puede consistir en cualquier obligación de dar o en una obligación de hacer o de no hacer.

(iv) **¿Cómo se determinan los daños y perjuicios?**

El problema de los daños y perjuicios por la inejecución de las obligaciones emanadas del contrato conduce a decidir si ellos deben determinarse según el día en que se produjo la inejecución o según el día en que se dicta la sentencia condenatoria.

El tema es de singular importancia, pues estando constituida la indemnización generalmente por una suma de dinero, ella puede ser insuficiente, si se calcula su cuantía al día en que se produjo el daño, para reparar los perjuicios el día de la sentencia. El problema está vinculado a la devaluación monetaria y al alza de los materiales, mano de obra y, en general, de los bienes objeto de la obligación.

La indemnización, en nuestro concepto, debe ser igual al valor del perjuicio en el día en que se dicte la sentencia condenatoria: ella debe permitir que el acreedor, sin desembolsos adicionales, reponga las cosas al estado en que debían encontrarse de haberse cumplido la obligación. De lo contrario no se resarciría íntegramente el daño.

Y no se diga que el mayor valor de los materiales y mano de obra obedece a la devaluación monetaria. No puede aducirse que el aumento del perjuicio no es causado por la culpa del responsable, sino por la baja del poder adquisitivo de la moneda. El deudor que incumplió su obligación pudo proveerse, en la época del incumplimiento, usando la moneda más

(4) Cfrse. Planiol y Ripert, ob. cit., No. 822, p. 133.

sólida que no entregó a su acreedor, de bienes que, justamente por la devaluación, han aumentado de valor. La indemnización, si apreciamos pecuniariamente el monto de los perjuicios al día del incumplimiento y no del pago, conduciría a permitir que el deudor, aquel que no ejecutó la obligación por dolo o por culpa, se enriqueciera a costa del acreedor, que sólo ejercitó un legítimo derecho: exigir en su oportunidad el cumplimiento de una obligación válidamente contraída.

Carece de sustento, por último, la argumentación de que el perjuicio resultante de la devaluación monetaria ordinaria es imprevisible. En primer término porque la devaluación monetaria es un fenómeno generalizado y, por tanto, perfectamente previsible. Y en segundo lugar, porque si el deudor hubiera indemnizado de inmediato al acreedor, sin esperar la expedición de una sentencia condenatoria, no habría sufrido esos efectos.

(v) **Daño emergente y lucro cesante**

La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas.

Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante. El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor. El lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró (artículo 1321 del Código Civil).

Planteemos como ejemplo el caso del constructor que no ejecuta la obra que se le encomendó. En este supuesto, el constructor responde por el mayor valor de la mano de obra, materiales y honorarios (daño emergente) y por las ganancias frustradas por no haber concluido la obra en el plazo estipulado (lucro cesante).

La doctrina (5) cita con frecuencia el caso de "un contrato celebrado entre un empresario de conciertos y un artista de fama, para dar un

(5) Josserand, Derecho Civil, tomo II, vol. I, Teoría general de las obligaciones, 1959, No. 626, p. 507; Salvat, Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, I, 1952, No. 81, p. 95; Alessandri y Somarriva, Curso de Derecho Civil, tomo III, De las Obligaciones, 1941 No. 359, p. 216.

concierto en una fecha determinada: si el artista no cumple lo convenido, la obligación de pagar daños e intereses comprenderá los dos elementos siguientes: 1) los gastos hechos por el empresario, por ejemplo: gastos de publicación y anuncio del concierto, alquiler y arreglo del local, etc., todos los cuales implican una disminución de su patrimonio y, por consiguiente, pérdidas sufridas por él (damnum emergens); 2) las utilidades que hubiera podido obtener por la venta de localidades (lucrum cessans)".

La prueba del daño emergente es relativamente sencilla. La prueba del lucro cesante es más compleja. El lucro cesante no puede acreditarse generalmente en forma directa. Entonces, cuando la ganancia podía esperarse con probabilidad, debe suponerse que esa ganancia se hubiera hecho, ya que todo hombre común suele hacerla. Por eso el lucro cesante es aquello que según las circunstancias pudiera haberse esperado con probabilidad.

(vi) **Daños compensatorios y moratorios**

Los daños y perjuicios revisten dos formas: compensatorios y moratorios. En rigor ambos, los daños y perjuicios moratorios y los daños y perjuicios compensatorios, son compensatorios, pues los primeros, simplemente, están destinados a resarcir el retraso que se produce en el cumplimiento de la obligación. Pero, por comodidad de expresión, se utilizan ambas palabras.

Los daños y perjuicios compensatorios son los que se acuerdan al acreedor por la inejecución de la obligación. Se trata de una ejecución por equivalente; los daños y perjuicios entran en lugar de la prestación prometida y compensan la falta de cumplimiento.

Los daños y perjuicios moratorios son los que el deudor está obligado a abonar al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Después de algún retardo el deudor ejecuta su obligación; pero debe indemnizar al acreedor por este retardo.

Los daños y perjuicios compensatorios y moratorios se rigen por las mismas reglas. Sin embargo, para que el acreedor exija daños y perjuicios moratorios es siempre necesario que el deudor sea constituido en mora, salvo las excepciones previstas por la ley (6); mientras que para exigir daños y perjuicios compensatorios no siempre es necesaria la constitución en mora

(6) Artículo 1333 del Código Civil.

del deudor y generalmente los determina el juez, soberanamente, en razón de los perjuicios sufridos por el acreedor.

Por ejemplo, para exigir daños y perjuicios moratorios en las obligaciones de dar sumas de dinero es necesario, salvo que la ley, el pacto o la naturaleza y circunstancias de la obligación indiquen lo contrario, que el deudor sea constituido en mora.

Para exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios no siempre se requiere la constitución en mora del deudor. Así, si el deudor se obliga a no actuar en un teatro y lo hace, la obligación ya habría sido infringida y el acreedor, simplemente, tendría el derecho de exigir el pago de daños y perjuicios compensatorios.

Advertimos, por último, que los daños y perjuicios moratorios se exigen siempre conjuntamente con la ejecución directa, en especie, de la prestación, mientras que los daños y perjuicios compensatorios son incompatibles con la ejecución en especie, pues importarían un doble pago.

(vii) **Daños patrimoniales y morales**

Daño moral es el daño no patrimonial; es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquellos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad, y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral originan, además, un daño material. Y en cuanto a sus efectos son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales "strictu sensu", cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Las contradicciones de los textos romanos no permiten expresar con claridad si se permitía o no la reparación del daño moral.

Sin embargo, los tribunales franceses hoy admiten la reparación del daño moral, contractual o extracontractual, interpretando el artículo 1382 del Código Napoleón que se refiere únicamente al daño, sin distinción de ninguna clase. La misma doctrina inspira a los tribunales belgas por la interpretación de un texto idéntico al artículo 1382 del Código francés.

El Código Civil Alemán (artículo 823, primer párrafo), el Código Suizo de las Obligaciones de 1911 (artículo 99), el Código Civil Brasileño (artículo 76) y el Código Helénico (artículo 299), también permiten la reparación del daño moral en las relaciones contractuales y extracontractuales. El Código Civil Italiano de 1942 limita el principio en su artículo 2059,

al establecer que "el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados en la ley", no refiriéndose ningún otro precepto del Código, sin embargo, a esa obligación.

Distinguidos tratadistas extranjeros (7) y la mayoría de los comentaristas del Código Civil Peruano de 1936 (8), expresan que no está autorizada la reparación del daño moral por la inejecución de las obligaciones contractuales cuando este daño moral no engendra, a su vez, un daño material.

Se aduce, en apoyo de esta tesis, que los contratos sólo tienen por objeto intereses pecuniarios y no de afección; que la reparación del daño moral constituiría, para el acreedor, un aumento patrimonial sin causa legítima y, por tanto, inmoral e ilícito; y que sería imposible determinar el monto del perjuicio.

Estamos de acuerdo, sin embargo, con los autores (9) que se pronuncian sin restricciones por el resarcimiento del daño moral en la inejecución de las obligaciones emanadas del contrato.

Dice Alfredo Colmo, refiriéndose al daño moral, "que no puede haber Código con soluciones que pugnan contra el más elemental sentido jurídico. Por encima de textos literales, fuera de preceptos taxativos, está el espíritu de la legislación, está la conciencia jurídica, que valen, cuando son generales y fuertes, como aquí pasa, por todos los artículos imaginables".

Y Héctor Lafaille agrega que "el perjuicio que experimenta el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos".

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siem-

(7) Giorgi, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, vol. II, 1909, No. 120, p. 166; Alessandri y Somarriva, ob. cit. No. 360, p. 217.

(8) León Barandiarán, Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones, tomo II, Modalidades y efectos, 1956, p. 610; Cornejo, Código Civil, Exposición sistemática y comentario, tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol. I, 1938, No. 184, p. 238; Castañeda, El Derecho de las Obligaciones, tomo II, Efecto de las Obligaciones, 1963, No. 156, p. 157.

(9) Josserand, ob. cit. Nos. 628 y 629, pp. 508 y 509; Planiol y Ripert, ob. cit. No. 857 p. 168; Colmo, De las obligaciones en general, tomo I, 1928, No. 154, p. 126; Lafaille, Derecho Civil, tomo VI, Tratado de las Obligaciones, Vol I, 1947, Nos. 228 y siguientes, pp. 210 y siguientes.

pre el detrimento irrogado. Trátese de daños exclusivamente patrimoniales, trátese de daños morales que engendren perjuicios econónicos o no.

Porque si es claro que en el ejemplo de Laurent (10), del banquero que deja protestar una letra de cambio para cuyo pago había sido provisto de fondos por el aceptante y desacredita la firma de éste, procede el resarcimiento; también parece claro que debe indemnizarse la destrucción, por el depositario, de un retrato familiar, sin valor económico pero de gran valor moral; o la cancelación por el empresario de un teatro, sin motivo legítimo, de la reservación.

Es cierto que la inconducta contractual, en estos dos últimos casos, no se traduce en un daño pecuniario, pero el incumplimiento, si no se admite la reparación del daño moral, quedaría sin sanción.

Las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado. Un derecho sin protección es un absurdo conceptual.

Las objeciones a la reparación de los daños y perjuicios morales carecen, en nuestra opinión, de fundamento.

Aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia.

La reparación del daño moral, en este orden de ideas, no constituye un enriquecimiento ilícito del acreedor, sino una reparación del daño causado. Porque ese mismo enriquecimiento a que se refieren sus detractores podría aplicarse, sin duda, a la reparación del daño moral por acto ilícito: donde existe la misma razón existe el mismo derecho.

Y, además, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta, la entrega de una suma de dinero por concepto de indemnización, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado.

En suma, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza.

(10) Laurent, F., Principes de Droit Civil, XVI, (1875), No. 281, p. 341.

Sustentado en estas consideraciones, el nuevo Código Civil, en su artículo 1322, ha incorporado la regla según la cual "el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

(viii) **Daños previstos o que se pudieron prever y daños imprevistos**

De acuerdo con el Código Civil Peruano (artículo 1321), en el caso de culpa leve el deudor sólo responde de los daños que podían preverse al tiempo de constituirse la obligación. Y, en aplicación de la misma regla, en caso de que se inejecute la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, éste responderá de los daños previstos e imprevistos.

Cuando se trata de los daños y perjuicios previstos, los alcances del precepto son muy simples: él se refiere a aquellos que, según se deriva del contrato, las partes tuvieron en cuenta al contraer la obligación.

Las dificultades se presentan al tratarse de determinar cuáles son los daños y perjuicios que se pudieron prever y cuáles los que no se pudieron prever.

Esto explica que Giorgi (11), citando a Paulo, se preguntara ¿por qué el vendedor moroso en la entrega del grano vendido no está obligado a pagar al comprador el precio de los esclavos muertos de hambre? Y respondiera diciendo que era racional presumir que el comprador podía haber evitado la pérdida de los esclavos si se hubiera cuidado de buscar en otro sitio el grano que debía entregarse por el vendedor. Y el mismo Giorgi, citando a Ulpiano, se preguntara ¿por qué, al contrario, se pone a cargo del locador que arrendó unos pastos sabiendo que nacían yerbas venenosas, la muerte de las bestias? Y expresara que la presunción natural inducía a considerar que el propietario de las bestias no podía impedir la muerte.

Y es por ello también que Pothier (12) ilustraba la distinción con los ejemplos clásicos de la venta de ganado, considerando daños y perjuicios previstos a aquellos que el acreedor sufría en el bien objeto de la obligación e imprevistos a aquellos que el acreedor sufría en sus otros bienes.

La apreciación de los daños y perjuicios que se pudieron prever o que no se pudieron prever, depende de la naturaleza de la obligación y, en defi-

(11) Op. cit., No. 99, p. 149.

(12) Tratado de las Obligaciones, tomo I, Nos. 161 y ss., págs. 134 y ss.

nitiva, del criterio soberano del juez. Una observación sí es necesario formular. Lo previsible o imprevisible no puede considerarse en sentido absoluto sino relativo. En sentido absoluto todo hecho sería previsible y, por tanto, el deudor culpable tendría responsabilidad por todos los acontecimientos derivados de la inejecución de la obligación. En sentido relativo, lo previsible es aquello que las partes, razonablemente, pudieron y debieron tener en cuenta, al tiempo de contratar; lo previsible es un factor que se aprecia considerando la naturaleza y circunstancia de la obligación.

(ix) **Daños directos e indirectos**

El daño llamado indirecto o mediato, o sea aquel que es reflejo lejano del incumplimiento, no es resarcible, según el mismo artículo 1321 del Código Civil.

Sólo es susceptible de indemnizarse el daño directo e inmediato. Este principio de causalidad jurídica supone un nexo, también inmediato, de causa a efecto, de manera que se pueda inferir que el daño no se habría verificado sin el evento doloso o culpable a que dio origen el deudor.

En el caso del daño indirecto, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño desaparece, en el sentido de que entre uno y otro se introducen factores extraños.

Explicaba Pothier a título de ejemplo que, si el deudor no entregaba el caballo objeto de la obligación de dar, en tiempo oportuno, por culpa, era responsable por el mayor precio que debía pagar el acreedor por otro caballo. Pero si a causa de la demora el acreedor no cobraba cierta suma de dinero en el lugar donde debía haberse trasladado con el caballo objeto de la obligación, el deudor no respondía de este perjuicio. El primero era directo; el segundo indirecto. Excepcionalmente, agrega Pothier, el deudor respondía de este último perjuicio cuando había sido previsto al contraerse la obligación.

Si el deudor entregaba al acreedor, dolosamente, una vaca infectada, respondía no sólo por el daño en la vaca misma, sino por el resto del ganado que sufría el contagio. Pero el deudor no era responsable de las consecuencias lejanas y circunstanciales de la inejecución dolosa, por ejemplo, si como consecuencia del contagio el acreedor no había podido cultivar las tierras y había quebrado.

(x) **Daños intrínsecos y extrínsecos**

La clasificación pertenece a Pothier (13).

Daños intrínsecos son los que afectan al bien objeto de la obligación. Daños extrínsecos los que afectan a los demás bienes del acreedor, aun cuando ellos también obedezcan a la inejecución de la obligación.

Pothier decía que en caso de culpa el deudor respondía únicamente de los daños intrínsecos, que eran los previstos o los que se podían haber previsto al tiempo de concertar la obligación. Y en el caso de dolo, además, de los daños extrínsecos, o sea de aquellos imprevistos, que eran los que el deudor sufría en sus otros bienes.

Pensamos, sin embargo, que esta clasificación ha sido desterrada del derecho moderno.

(xi) **Daños actuales y futuros**

Tiene singular importancia decidir si el juez, al fijar la indemnización, debe tener en cuenta sólo los daños actuales que sufre el acreedor por la inejecución de la obligación, o también los daños futuros.

Es evidente que el juez no puede considerar los daños eventuales o hipotéticos. Pero sí está autorizado a tener en consideración los daños y perjuicios futuros, cuando su realización sea cierta y cuando el juez posea elementos que le permitan fijar su cuantía.

Lo contrario significaría obligar al deudor a renovar su acción. Y esta solución no sólo sería absurda, sino además injusta, pues el acreedor podría verse confrontado con la cosa juzgada.

(xii) **Daños propios y comunes**

Los daños propios son aquellos que afectan al acreedor por las especiales circunstancias en que se encuentra; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero, indispensable para que el acreedor pueda abonar una deuda y evitar el embargo de sus bienes.

Los daños comunes son aquellos que afectan al acreedor en la misma medida en que usualmente afectaría a otras personas; por ejemplo, la falta de entrega de una suma de dinero que el acreedor desea invertir.

## 2. FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS

(13) Op. cit. Nos. 159 y siguientes, pp. 133 y siguientes.

La indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato. La indemnización, en este orden de ideas, llenas una función de equivalencia para equilibar los intereses económicos en juego.

Por eso, los daños y perjuicios no constituyen una nueva obligación, sustitutoria de la obligación original. Ellos se deben en virtud de la obligación inicial, de la que son un objeto secundario.

El fundamento de la indemnización de daños y perjuicios no se encuentra en la interpretación de la voluntad presunta de las partes, como afirma Alfredo Colmo (14). Si esto fuera exacto el resarcimiento del daño sólo tendría lugar en las obligaciones contractuales.

Por otra parte, el acreedor no puede renunciar previamente a la acción derivada de la inejecución de la obligación por dolo o por culpa inexcusable del deudor, siendo nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por esas causas (artículo 1328 del Código Civil). Esto demuestra, justamente, que el fundamento jurídico de la obligación de resarcir no depende de la libre voluntad de las partes, sino que se encuentra en el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes.

El incumplimiento contractual infringe un derecho preconstituido que la ley garantiza. El acreedor, en la misma medida en que tiene el derecho de exigir la ejecución en especie, puede, en caso de inejecución, exigir la indemnización de los daños y perjuicios.

Y no se diga que el derecho del acreedor a renunciar a la acción derivada de la inejecución de la obligación por culpa leve del deudor desvirtúa esta tesis, porque ello, simplemente, cae en la esfera de autonomía de la voluntad. En la misma medida en que opera la autonomía de la voluntad cuando el deudor, por pacto, se obliga a responder de la inejecución de la obligación por causas no imputables (artículo 1317 del Código Civil). O en la misma medida en que las partes pueden estipular una cláusula penal para el caso de inejecución, mora o incumplimiento de algún pacto determinado.

## 3.— ¿EN QUE OPORTUNIDAD PUEDE EJERCITARSE LA ACCION DE DAÑOS Y PERJUICIOS?

Ha suscitado dudas decidir si el acreedor tiene el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios sólo cuando el incumplimiento de la

(14) Ob. cit., No. 132, p. 106.

obligación en especie es ya imposible, o si, por el contrario, puede hacerlo aunque la obligación sea aún posible.

Expresa el doctor Angel Gustavo Cornejo (15) que sólo se apela a la indemnización de daños y perjuicios cuando no fueran factibles los medios o formas de cumplimiento específico.

Discrepamos de esta opinión en la medida en que ella es considerada como una regla general. En nuestro derecho no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios. El acreedor, dentro de los límites que vamos a señalar, puede renunciar a la prestación en forma específica, y demandar, en cambio, el resarcimiento en dinero. La doctrina enseña que el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente, no es una obligación, sino una facultad del acreedor. Y que el acreedor, por consiguiente, puede elegir el equivalente en dinero (16). Y esta doctrina la comparte el doctor Jorge Eugenio Castañeda (17), cuando expresa que el acreedor es libre de reclamar la prestación que se le debe o la indemnización de daños y perjuicios.

Si el deudor inejecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, a tenor de lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil.

Esta norma significa que el deudor doloso o culpable no tiene por qué ser compelido judicialmente por su acreedor para que cumpla la obligación en especie. El acreedor puede hacerlo, no hay duda, en caso de que la prestación aún sea posible, como también puede, a su entera elección, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a éste la indemnización de daños y perjuicios, porque estos derechos se los concede el artículo 1219 del Código Civil.

Sería injusto, por decir lo menos, que el incumplimiento de la obligación exigiera al acreedor proseguir una larga controversia destinada a obtener la reparación en especie. Bien puede el acreedor proveerse, por su parte, de la prestación, y limitarse a exigir al deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le ha irrogado su incumplimiento.

(15) Ob. cit., No. 170, p. 227.
(16) Giorgi, ob. cit., No. 107, p. 157.
(17) Ob. cit., No. 136 d), p. 75.

Esta regla general admite, sin embargo, una excepción.

El artículo 1337 del Código Civil prescribe que cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Si la obligación tiene utilidad para el acreedor, éste no puede rehusar su ejecución. Sólo podrá, en estos casos, exigir el pago de los daños y perjuicios moratorios.

El acreedor, sin embargo, no está obligado a esperar indefinidamente la ejecución de la obligación, que es posible y útil, pero que el deudor rehusa cumplir. Si transcurre un tiempo prudencial desde que el deudor es constituido en mora y no cumple la obligación, entonces el acreedor tendrá derecho, sin duda, a exigir la reparación de los daños y perjuicios, prescindiendo de la ejecución en especie.

Este precepto excepcional se justifica porque el acreedor, en los casos previstos por la norma legal, no tendría interés alguno en rehusar la prestación en forma específica.

## 4. LA PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Hemos dicho que el Código Civil Peruano presume que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329). Si el deudor pretende exonerarse de responsabilidad deberá probar que la prestación llegó a ser imposible sin su culpa, y que, por tanto, la obligación se ha extinguido. Si el acreedor, por su parte, pretende que el incumplimiento de la obligación obedece a dolo o culpa inexcusable del deudor y, por consiguiente, que éste también responde de los daños y perjuicios imprevistos, deberá demostrarlo (artículo 1330).

Pero sea cual fuere la situación, y no obstante la presunción de culpa leve, la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al acreedor (artículo 1331).

La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar: precios, valorizaciones, créditos, demandas comerciales, etc.

La prueba es en algunos casos sencilla y en otros muy compleja. Si el incumplimiento de la obligación origina la quiebra del acreedor, su arresto por no haber prestado alimentos o un incumplimiento contractual, entonces los hechos no serán de difícil probanza; siempre y cuando se demuestre, por cierto, el nexo de causa a efecto entre el incumplimiento del deudor y el sub-

siguiente incumplimiento del acreedor frente a un tercero. En otros casos la prueba del daño no es tan sencilla.

Por otra parte, la necesidad de una prueba rigurosa por parte del acreedor también aumenta o disminuye en razón de que se trate de un daño emergente o de un lucro cesante. La prueba es más severa cuando se exige el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa y, desde luego, generalmente más sencilla. Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir, porque la prueba directa se hace más difícil; tratándose de hechos futuros el juez, muchas veces, deberá contentarse con presunciones.

Aquí insistimos una vez más en que el acreedor queda relevado de la prueba de los daños y perjuicios cuando se trata de los intereses moratorios por el retraso en dar una suma de dinero. Si no hay pacto, el retraso se repara con el interés legal. Y si hay pacto, con el interés convencional moratorio. Pero ninguno de estos dos casos obliga al acreedor a demostrar los daños y perjuicios que ha sufrido por la inejecución (artículo 1324).

Y la misma regla prevalece tratándose de las obligaciones con cláusula penal. Cuando se ha estipulado una cláusula penal el acreedor también queda relevado de la obligación de probar los daños y perjuicios, con la limitación, en el caso singular de la legislación peruana, del artículo 1346 del Código Civil, que autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

## 5. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Muchas veces hay dificultad en apreciar si el agente ha incurrido en responsabilidad contractual o extracontractual, o sea si tiene la condición jurídica de deudor o de victimario.

Frecuentemente los linderos entre ambas clases de responsabilidad son borrosos. Es el caso, por ejemplo, del cirujano contratado para ejecutar una operación que, por negligencia, origina el fallecimiento del paciente; o el caso, tan usual, del transportador de personas.

Para superar el problema se ha propuesto, a veces, utilizar la llamada "acumulación" de responsabilidad contractual y extracontractual.

La Corte de Casación francesa ha descartado el principio de la "acumulación" de responsabilidades, término además impropio por dejar la impresión de que la víctima o, en su caso, sus herederos, pudieran ejercitar dos acciones distintas, una para la reparación de los daños y perjuicios contractuales y la otra para la reparación de los daños y perjuicios extracontractuales.

Ese Tribunal ha establecido que "cuando se hayan llenado los requisitos que le otorgan una naturaleza contractual a la responsabilidad, la víctima no puede invocar, aun cuando tuviera interés en ella, las reglas de la responsabilidad delictual" (18). Esta jurisprudencia, criticada por algunos, es aceptada, aunque tímidamente, por los tribunales belgas.

Ha sido frecuente, en el caso del transporte de personas, que el pasajero, si sobrevivía, o sus parientes, si el accidente había sido mortal, atribuyeran al transportador, a diferencia del portador de mercaderías, una responsabilidad extracontractual. La Corte de Casación francesa ha resuelto, sin embargo, que el transportador de personas estaba ligado contractualmente por una obligación de seguridad y que ésta era determinada: conducir al pasajero, con toda seguridad, a su destino. Se ha asimilado el transportador de personas al portador de mercaderías. Y el mismo principio de seguridad enunciado se aplicaría al caso del cirujano negligente.

Reviste particular importancia distinguir entre la inejecución de una obligación contractual y la inejecución de una obligación extracontractual, pues sus consecuencias jurídicas son muy diferentes.

En esencia, en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, mientras que en la responsabilidad delictual no.

La responsabilidad contractual se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación emanada de la voluntad. La responsabilidad delictual se presenta por el ataque injustificado a un derecho que la ley cautela y que, por consiguiente, se obliga a reparar.

De esa distinción se desprenden importantes consecuencias:

(a) El deudor, en la responsabilidad contractual, sólo está obligado a indemnizar cuando incumple la obligación por dolo o por culpa, salvo que haya asumido las consecuencias de la ausencia de culpa.

En la responsabilidad delictual existe un criterio distinto. En los actos ilícitos se toma en cuenta la existencia del daño, el desequilibrio con virtualidad jurídica suficiente para imponer al agente el deber de la reparación.

(b) En la responsabilidad contractual el deudor que incurre en culpa

(18) Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte segunda, Vol. II, 1960, No. 404, p. 46.

leve sólo responde de los daños y perjuicios que podían preverse al constituirse la obligación; el deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

En la responsabilidad delictual el victimario responde de los daños y perjuicios previstos e imprevistos y está obligado, por tanto, a la reparación integral.

La ley peruana, como la mayoría de las legislaciones, no distingue, en la responsabilidad por acto ilícito, entre la indemnización de los daños y perjuicios previstos e imprevistos.

(c) Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, son nulas tanto en las obligaciones contractuales, como en la responsabilidad delictual (artículos 1328 y 1986).

(d) La indemnización de daños y perjuicios por inejecución de las obligaciones contractuales consiste usualmente en una suma de dinero, pero nada se opone a que en la cláusula penal se pacte cualquier otra obligación de dar o una obligación de hacer o de no hacer.

La reparación por acto ilícito, en la legislación peruana, está siempre constituida por dinero.

(e) El daño moral es susceptible de ser reparado tanto por inejecución de las obligaciones emanadas del contrato, como en las obligaciones extracontractuales (artículos 1322 y 1984).

(f) La solidaridad en las obligaciones contractuales, al menos como regla general, nunca se presume (artículo 1183).

En la responsabilidad delictual, si varios son los causantes del daño quedan obligados solidariamente por mandato de la ley (artículo 1983 del Código Civil).

(g) La acción de daños y perjuicios derivados de la inejecución de un contrato prescribe a los diez años (artículo 2001, inciso 1), mientras que la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años (artículo 2001, inciso 4).

**UNIDAD I: DAÑO**

**3) ESTUDIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Guido Alpa / C. Massimo, Luigi Corsaro/Gaston Fernandez y otros.**

Guido Alpa / C. Massimo Bianca / Luigi Corsaro
Gastón Fernández Cruz / Massimo Franzoni
Pier Giuseppe Monateri / Cesare Salvi
Piero Schlesinger

# Estudios sobre la Responsabilidad Civil

Traducción y edición al cuidado de
Leysser L. León
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Prólogo de
Fernando de Trazegnies Granda
Profesor principal de Filosofía e Historia del Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

ARA Editores

©

© ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Telefax: (511) 522-8060
E-mail: araeditores@yahoo.com
Web site: http://www.araeditores.com

ISBN: 978-9972-238-
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional
del Perú N° 2015-

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú 2015 Printed in Peru

# VIII
## EL DAÑO*

CESARE SALVI
Università degli Studi di Perugia

---

* Título original: voz «Danno», en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, vol. V, UTET, Turín, 1989, pp. 63-74.

**Sumario:** 1. El problema de la noción jurídica del daño. 2. El proceso de diversificación de la figura: «El» daño y «los» daños. 3. El sistema tradicional: Daño patrimonial y daño moral. 4. Las nuevas figuras de daño y las funciones del resarcimiento. 5. El daño injusto. 6. La tipicidad del daño no patrimonial. 7. La reparación del daño como figura general. 8. Las formas de reparación: El resarcimiento por equivalente. La «indemnización». 9. El resarcimiento en forma específica del daño patrimonial. 10. Condena pecuniaria y otras modalidades de reparación del daño no patrimonial.

## 1. El problema de la noción jurídica del daño

La noción jurídica del «daño» se determina en estricta conexión con la del «resarcimiento». El daño, en efecto, es el fenómeno frente al cual el ordenamiento dispone ese peculiar remedio que está representado por el derecho del damnificado al resarcimiento.

El problema normativo, que los sistemas jurídicos afrontan y resuelven de distintas formas en esta materia, consiste, justamente, en la identificación del tipo de acontecimientos susceptibles de reparación resarcitoria; problema que es unitario, sea considerado en el aspecto de la hipótesis que activa la tutela (el daño), sea en lo concerniente al remedio (el resarcimiento).

En esta perspectiva, las acostumbradas definiciones del daño[1], cuando no se quedan en el nivel genérico de la determinación de un hecho perjudicial para un sujeto determinado, siguen dos caminos: intentan precisar el tipo de consecuencias perjudiciales que se asumen como relevantes, o bien se concentran en el contraste entre el acontecimiento y las reglas o principios dispuestos para la protección

---

[1] Para un examen de las teorías jurídicas del daño, v. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, Nápoles, 1985, pp. 23 y ss.

del interés lesionado. Desde el primer punto de vista, se entiende por daño la alteración negativa de una determinada situación de la víctima, económica o incluso física o psíquica; desde el segundo, el daño es definido como lesión de un derecho o de un interés protegido.

Si se aprecia bien, ambas perspectivas destacan elementos que son esenciales para una noción completa del daño. Sin embargo, ninguna de las dos es suficiente por sí sola. El mero perjuicio (económico o de otro género) que un sujeto experimenta por el hecho de un tercero no es de por sí idóneo para activar ninguna forma de reacción del ordenamiento. Dicha reacción sólo tiene lugar después de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir. Y se trata de una intervención concebida con el propósito de eliminar, en la medida de lo posible, las consecuencias desfavorables que el acontecimiento ha producido respecto de un determinado sujeto. En ello consiste, precisamente, la peculiar función del remedio del resarcimiento; función que tiene valor para diferenciarlo de otras técnicas de tutela[2] (inhibitoria, restitutoria, etc.).

Por otra parte –y por la razón que se acaba de exponer, justamente, el daño tampoco puede ser identificado con una lesión de la esfera jurídica ajena. En efecto, no todas las veces que se determina una lesión semejante se otorga a la víctima la tutela resarcitoria, sino únicamente cuando el hecho lesivo presenta connotaciones tales que permiten poderlo considerar como productivo de un «daño» propiamente dicho, es decir, de aquel tipo de perjuicio que el ordenamiento reconoce como susceptible de reparación. Y establecer cuál es la tipología, respecto de la cual se activa el remedio resarcitorio, no constituye un problema de teoría general, sino de derecho positivo, tal como lo confirma la variedad de soluciones que salen a la luz si se efectúa un examen histórico y comparatístico.

En definitiva, el problema de la noción jurídica positiva del daño es doble: cuáles son los tipos de acontecimiento idóneos para ser considerados «daño», y para garantizar o no, por lo tanto, la pretensión reparatoria de la víctima. En el sistema italiano, el primer tema está vinculado con la problemática del art. 2059 C.C. y de su relación con el art. 2043 C.C.; el segundo, con la problemática de la injusticia, a la que hace referencia el art. 2043 C.C.

---

[2] Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milán, 1987, pp. 177 y ss.

## 2. El proceso de diversificación de la figura: «El» daño y «los» daños

Las notas que caracterizan, peculiarmente, y que connotan, distintamente, la figura del daño (y la del resarcimiento), según el tipo de acontecimiento frente al cual se ha dispuesto la tutela, no pueden ser entendidas si se identifica el daño con la lesión del bien jurídico, o del interés protegido; lo que equivale, por lo tanto, a una identificación de la responsabilidad por daños con la figura (tan general cuanto de dudosa consistencia) del acto ilícito civil[3].

Mucho más convincente parece, en cambio, renunciar al empleo de la categoría de «acto ilícito», y considerar las tutelas civiles a partir del análisis de los presupuestos y del contenido de cada uno de estos remedios, así como de las diferentes funciones que están llamadas a desarrollar las diversas técnicas de tutela previstas por el sistema[4].

En esta perspectiva, la construcción teórica de la responsabilidad por daños en los términos generales de la sanción del hecho ilícito se presenta confusa y del todo improductiva.

Según una consideración funcional, el daño y el resarcimiento se revelan hoy, en efecto, como categorías (cada una de ellas) heterogéneas[5], y ya no unificadas por la dimensión económica que era propia de la teoría tradicional que concebía el daño como una diferencia patrimonial negativa.

Esta observación no implica que el daño constituya una figura general y abierta[6], sino más bien que los tipos de acontecimiento frente a los cuales se ha dispuesto el remedio resarcitorio han sido diferenciados, y que son igualmente diferentes las funciones que la tutela está llamada a desarrollar, según el «tipo» de daño frente al cual aquélla haya sido dispuesta. No existe más, entonces, «el» daño en general, sino distintas figuras de daño.

---

[3] Una crítica contra la equiparación entre hecho dañoso e ilícito civil puede verse, ya, en R. Scognamiglio, voz «Illecito (diritto vigente)», en *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Turín, 1962, pp. 164 y ss.; y S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1964, pp. 50 y ss.

[4] A. Di Majo, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

[5] S. Rodotà, «Modelli e funzioni della responsabilità civile», en *Rivista Critica di Diritto Privado*, 1984, pp. 605 y ss.; C. Salvi, *Il danno*, cit., pp. 283 y ss.

[6] Así opina, en cambio, M. Libertini, «Le nuove frontiere del danno risarcibile», en *Contratto e Impresa*, 1987, p. 99.

Una primera y esencial distinción se plantea de acuerdo con lo más decisiva o menos decisiva que sea, a efectos del resarcimiento, la relevancia económica negativa del hecho lesivo para la víctima. La clásica bipartición del art. 2059 C.C. se funda –como se verá más adelante– en razones que trascienden la solución normativa adoptada por el Código Civil italiano vigente, y subsisten incluso si dicha solución es superada o modificada. Mas la homogeneidad interna de cada uno de los dos modelos de daño se encuentra también en discusión.

En el daño patrimonial, el sentido del nexo entre patrimonio y daño es diferente según la naturaleza del bien lesionado. Cuando el bien tiene valor económico en el mercado, conserva algún significado la tradicional noción de diferencia patrimonial[7]: el daño se identifica con las pérdidas o con las ganancias no realizadas que el hecho lesivo haya producido en el patrimonio del titular del bien lesionado, y las denominadas «reglas causales» son válidas para definir su ámbito[8]. En ausencia de pérdidas que puedan definirse en estos términos, no existe resarcimiento, porque no existe «daño».

Para otros bienes, que no revistan la forma de mercaderías, el nexo entre daño y patrimonio puede ser construido, pero con un significado más complejo. Tal es el caso de la integridad psicofísica que no se confunde con el valor de la fuerza de trabajo[9], o el de los recursos colectivos subsumibles en la noción de medio ambiente[10]. Si el hecho lesivo determina una disminución de utilidad económica para la víctima, aunque no fuera posible medirla en el mercado, el daño tiene importancia en la medida que es «patrimonial», y la responsabilidad conserva la función de instrumento para la administración de los costos.

Es verdad, sin embargo, que en tales hipótesis el criterio de calificación del hecho como daño resarcible (también a efectos de la

---

7 Cfr., Hans Joachim MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, Stuttgart, 1967, pp. 121 y ss.

8 Véase, *infra*, par. 8.

9 Cfr. F. D. BUSNELLI, «Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona», en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, pp. 27 y ss.; C. CASTRONOVO, «»Danno biologico» senza miti», en *ivi*, 1988, pp. 3 y ss.

10 Cfr. el art. 18 de la Ley n. 349 del 8.7.1986, en materia de daño al medio ambiente, sobre el cual v. los ensayos compilados en la *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, pp. 429 y ss.

valoración cuantitativa) ya no está fundado en la diferencia patrimonial propiamente dicha, sino en la valoración social típica sobre cuya base el hecho lesivo resulta idóneo para determinar, en concreto, una disminución de los valores y de las utilidades económicas de las que puede disponer el damnificado[11].

En cambio, cuando el remedio resarcitorio estuviera previsto independientemente de toda relevancia económica del evento, el daño se presenta *prima facie* como una hipótesis típica de lesión de un interés protegido. Esta definición –como se verá dentro de poco– ostenta un mínimo valor, y, por lo tanto, no es plenamente satisfactoria. A pesar de ello, no es posible sustituirla por otras (por ejemplo, en los términos de disminución del bienestar o de alteración del patrimonio moral)[12]. El daño no patrimonial es, en efecto, una categoría intrínsecamente no homogénea, en razón de la variedad de las funciones para cuya realización el ordenamiento dispone la tutela y, en consecuencia, de las descripciones normativas de los hechos idóneos para activarla.

Es verdad que a veces el daño se resuelve en el evento lesivo (como ocurre en el daño biológico en sentido estricto, o en la lesión de intereses difusos, por ejemplo). Otras veces, en cambio, la circunstancia de que el hecho lesivo haya incidido en un valor afectivo constituye un elemento de la hipótesis del daño, y debe ser determinada, por lo tanto, para que tenga lugar el resarcimiento, tal como ocurre con determinadas consecuencias de la lesión a la salud (dolor físico, disminución del bienestar psicológico o del usufructo de bienes culturales o recreativos, etc.), con el interés de los demás a la vida o a la salud, y con el denominado interés de afecto sobre un bien económico[13].

En definitiva, el daño no patrimonial presupone (y a veces se identifica con) el evento antijurídico, lesivo del interés protegido[14]. Si,

---

[11] Cfr. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., pp. 104 y ss.

[12] Para las definiciones del daño no patrimonial, v. H. Stoll, «Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?», en *Gutachten*, 45, D. Juristentag, München–Berlin, 1964, I, pp. 127 y ss.; P. Tercier, *Contribution à l'étude du tort moral*, Freiburg, 1971, pp. 45 y ss.; G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milán, 1983, pp. 73 y ss.

[13] Para el análisis de estas figuras v. C. Salvi, *op. ult. cit.*, pp. 116 y ss., 201 y ss.

[14] Cfr. D. Messinetti, voz «Personalità (diritti della)», en *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milán, 1983, p. 396.

y bajo qué condiciones, el evento lesivo es un daño resarcible no constituye una cuestión de teoría general, sino de derecho positivo: la respuesta afirmativa puede darse cuando el ordenamiento vincula con un determinado tipo de evento lesivo aquella peculiar forma de tutela consistente en el derecho al resarcimiento.

La decisión de tutelar determinados intereses mediante el remedio resarcitorio, aun en ausencia de una pérdida patrimonial, tiene, efectivamente, un carácter en gran medida «político»[15] (y se explica así la variedad de soluciones que aportan en este campo la experiencia histórica y el dato comparatístico, a diferencia de lo que ocurre en el daño patrimonial). En consecuencia, el principio de tipicidad asume –para el daño no patrimonial, e independientemente de la regla del art. 2059 C.C.-– una concepción extraña al otro modelo de daño.

La experiencia demuestra, realmente, una diversificación de los presupuestos y de los contenidos del remedio resarcitorio, cuando éste haya sido dispuesto con independencia de la relevancia económica del evento, según los diferentes intereses tomados en consideración: la salud, los denominados derechos de la personalidad, el interés a la vida ajeno, el interés de afecto sobre bienes económicos, intereses colectivos o difusos. Y por tal vía –como se ha visto– es el contenido mismo de la noción normativa el que se diferencia y desarrolla.

### 3. El sistema tradicional: Daño patrimonial y daño moral

A la luz de las consideraciones expuestas hasta este punto, es posible dar cuenta, con carácter general, de las concepciones del «daño» en la experiencia jurídica italiana.

En la tradición moderna la noción de daño asume inicialmente, y conserva por un largo período, criterios unitarios, sobre la base de la connotación económica del evento lesivo. En la fase de formación y consolidación del derecho privado, el daño es normalmente entendido como una alteración negativa del patrimonio. No se trata de una connotación peculiar o anómala en la trama del derecho privado, la cual –como se sabe– ha sido íntegramente erigida en torno del elemento de la «patrimonialidad», que identifica la esencia de las estructuras fundamentales del derecho privado: la propiedad y la obligación

[15] Cfr. A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 203.

(arquetipos del derecho subjetivo), y el contrato. Es suficientemente claro, por lo demás, el estricto nexo que enlaza la fundación de un modelo general de hecho ilícito civil, basado en una noción unitaria de daño como pérdida económica, con la contemporánea construcción teórica de las modernas figuras de la propiedad y del contrato, como medios de garantía de la apropiación y de la circulación de la riqueza. El resarcimiento del daño se configura, así, como regla última de tutela de los criterios de repartición y distribución de la riqueza entre los miembros de la Sociedad.

En esta fase, el daño resarcible indica la consecuencias de la lesión de la propiedad y del crédito; el resarcimiento por equivalente expresa la tutela más relevante y general que está en condición de expresar un ordenamiento fuertemente enraizado en los valores. En un marco semejante, es del todo coherente que la figura del daño se identifique con la disminución patrimonial consiguiente a la lesión de derechos, que son, por naturaleza, patrimoniales; y que la sanción del hecho ilícito civil, como figura general, sea identificada con la obligación de pagar una suma de dinero equivalente a la pérdida ocasionada.

Dicha noción no se altera, en modo alguno, cuando se reconoce que no existe una «exacta correspondencia entre resarcimiento y lesión de derecho patrimonial, porque el daño patrimonial y la obligación de resarcimiento pueden tener lugar incluso por la violación de derechos de naturaleza personal»[16]. Por tal vía, contrariamente, se aclara que la patrimonialidad es un requisito inherente al daño y no a la naturaleza del bien o interés lesionado[17].

Un elemento novedoso se introduce, en cambio, con la difusión (ya en la primera mitad del siglo XIX, en Francia, y en una fase posterior en los demás sistemas, inspirados en el *Code civil*) de la idea de que el título para el resarcimiento no sólo corresponde a aquel que ha sido damnificado en su patrimonio, sino también a aquel que ha sufrido un perjuicio «moral». La categoría del daño «moral» es construida paralelamente a la del daño en sentido proprio, o «patrimonial»[18].

---

16 F. Ferrara (Senior), *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, I, p. 867.

17 Distintamente, A. De Cupis, *Il danno*, 3ª ed., Milán, 1979, I, pp. 59 y ss.; C. Castronovo, *op. cit.*, p. 37.

18 H.L. y J. Mazeaud y A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civil*, 6ª ed., I, Paris, 1965, p. 395.

Se trata de «resarcir», en efecto, no solamente las consecuencias económicas del hecho lesivo, sino también las consecuencias que invaden la esfera psíquica de la víctima. El daño moral es identificado con las sensaciones aflictivas experimentadas por la víctima, a consecuencia de la lesión de bienes de particular valor afectivo o personal: el honor, la salud, la vida de una persona querida[19].

También en este campo, la lógica propietaria se presenta persuasiva: el patrimonio moral de la víctima es equiparado al patrimonio propiamente dicho; el resarcimiento pecuniario es considerado la forma más adecuada (si no la única) de reparación. La equivalencia entre daño ocasionado y daño a resarcir, que gobierna la regulación sobre el daño patrimonial, se asimila con la equiparación ideal entre daño moral y dinero, bien expresada con la fórmula del *pretium doloris*.

Sin embargo, la adopción del modelo del daño moral, paralelo al daño patrimonial, no es uniforme en los sistemas continentales. La codificación alemana, seguida por la suiza, introduce un principio de tipicidad que restringe el número de las hipótesis de «resarcibilidad» del daño no patrimonial[20-21]. Los sistemas socialistas cuentan con

---

[19] Cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

[20] §§ 823, 847, 1300 del BGB; arts. 28 del Código Civil suizo; arts. 47 y 49 del Código de las Obligaciones suizo.

[21] (*N. del trad.*) BGB (1900).
§ 823 (Obligación de indemnizar por daños).
1. Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto.
2. La misma obligación incumbe a aquel que infrinja una ley que tenga como objeto la protección de otro. Si, de acuerdo con las disposiciones de la ley, la infracción de ésta es posible sin culpa, la obligación de indemnizar sólo aparece en caso de culpa.
§ 847 (Indemnización por una lesión).
1. En el caso de lesión al cuerpo o a la salud, o en el caso de privación de libertad, la persona perjudicada también puede exigir la indemnización equitativa en dinero por el daño que no es un daño patrimonial.
2. Una pretensión similar corresponde a una mujer contra la que se comente un crimen o un delito inmoral, o que es seducida con fraude, amenazas o en abuso de una relación de dependencia a permitir la cohabitación extramatrimonial.
§ 1300 (Cohabitación).
1. Una prometida de reputación irreprochable que hubiere consentido la cohabitación a su prometido podrá, en caso de cumplirse lo dispuesto en los

regímenes inspirados –hasta tiempos muy recientes– en una fuerte desconfianza hacia la monetización de valores personales, que es inherente al resarcimiento del daño no patrimonial[22].

Al momento de la codificación italiana de 1942, el ordenamiento reconocía, desde hacía tiempo, la resarcibilidad del daño moral en las hipótesis de delito, y se discutía sobre su ubicación sistemática. No se había afirmado, en cambio, la equiparación –entonces secular en Francia– con el daño patrimonial, para las hipótesis de hechos ilícitos relevantes sólo en el ámbito civil.

El codificador adopta, en el art. 2059 C.C., la fórmula del § 253 BGB[23]: el daño no patrimonial es resarcible sólo en los casos determinados por la ley. Por mucho tiempo incontrovertida permanecerá, asimismo, la idea –que emerge, con evidencia del dato textual– de que el art. 2043 C.C. tiene que ser leído junto con el art. 2059 C.C., y de que el daño al cual hace referencia la primera de estas normas es, por lo tanto, sólo el daño «patrimonial», que es resarcible según la regla de la equivalencia entre la entidad de la disminución patrimonial padecida por la víctima, y el contenido de la obligación resarcitoria.

---

§§ 1298 a 1299, reclamar una indemnización dineraria equitativa también por el daño causado que no constituya daño patrimonial.
2. La acción susodicha no es transmisible *inter vivos* ni *mortis causa*, de no haber sido reconocida contractualmente o de haberse convertido en *litis pendiente*.
Código Civil suizo (1907): Art. 28 (texto anterior a la reforma de 1983).
1. Aquel que es ilícitamente perjudicado en sus relaciones personales puede requerir la juez una protección contra toda persona que la liberación de la molestia.
2. La acción de resarcimiento del daño o de pago de una suma a título de reparación moral es concedida sólo en los casos previstos en la ley.
Código de las Obligaciones suizo (1911) Art. 47.- También puede el Juez, en vista de las circunstancias particulares del caso, conceder a la víctima de las lesiones o, si sobreviniera la muerte, a la familia del difunto, una indemnización equitativa, a título de reparación moral.
Art. 49 (texto anterior a la reforma de 1983).-
1. El que sufre un menoscabo en sus intereses personales puede reclamar, en caso de falta, daños y perjuicios, y además una suma en dinero a título de reparación moral, cuando se encuentre justificada por la gravedad particular.
2. El juez puede sustituir o añadir a la concesión de esta indemnización, otra forma de reparación.

[22] Sobre este fenómeno v. C. Salvi, «Il paradosso della responsabilità civile», en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1983, pp. 156 y ss.

[23] (*N. del trad.*) BGB (1900) § 253 (Daños no materiales).
Por un daño (*Schaden*) que no sea un daño patrimonial (*Vermögensschaden*) la indemnización en dinero sólo puede solicitarse tal y como lo establece la ley.

## 4. Las nuevas figuras de daño y las funciones del resarcimiento

En la experiencia jurídica italiana, al menos por los treinta primeros años sucesivos a la entrada en vigor del Código Civil, la noción normativa del daño continúa siendo construida en torno del dualismo entre el daño patrimonial, regulado en el art. 2043 C.C., y el daño moral, remitido al art. 2059 C.C.

El «daño injusto» es identificado con el daño patrimonial en el sentido de que la evaluación de la injusticia del hecho lesivo se centra sólo en los hechos que hayan determinado una pérdida económica o una ganancia no realizada para la víctima: el art. 1223 C.C. concurre con los arts. 1218 y 2043 C.C. para definir la pareja daño–resarcimiento, con referencia, respectivamente, a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual.

El «daño no patrimonial» referido en el art. 2059 es identificado con el daño moral–subjetivo de la tradición, y por lo tanto con el dolor, físico o psíquico. No se duda que aquí el resarcimiento pueda tener lugar sólo en los casos expresamente determinados por la ley, entre los cuales resulta ser, largamente, el más relevante, supuesto el normado en el art. 185 del Código Penal italiano de 1930, que atañe al daño derivado de delito.

En un período relativamente breve, sin embargo, el cuadro del «derecho vivo» (para emplear una expresión poco feliz que ha sido retomada por la jurisprudencia)[24] ya ha cambiado profundamente. Acaso sea oportuno reconstruir, a grandes líneas, esta transformación.

En el transcurso de los años Setenta se afirma progresivamente en la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia, una corriente que pone en discusión los criterios tradicionales de liquidación del daño a la salud, y que subraya, asimismo, la iniquidad de las reglas que establecen una proporción entre las consecuencias de la lesión de un bien personal y la capacidad de la víctima para generar ingresos. Con base en criterios de cuantificación que tienden a ser igualitarios, se elabora la figura del daño biológico[25]. De lo que se trata, sustancialmente, es de atribuir relevancia resarcitoria a la lesión de la

---

[24] Corte Constitucional Italiana: Sent. n. 184 del 14.7.1986, en «Il Foro Italiano», 1986, I, col. 2053.

[25] Cfr. F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Nápoles, 1983, pp. 239 y ss.; F. D. BUSNELLI, «Diritto alla salute e tutela risarcitoria», en F. D. BUSNELLI y U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, 1978, pp. 530 y ss.

integridad física en sí misma, independientemente de las consecuencias (patrimoniales o morales) derivadas de ella.

Las implicancias del fenómeno descrito en la noción jurídica de daño son de gran dimensión, y exceden el tema específico del daño a la salud. Se delinea, en efecto, una idea de daño a la que resulta extraño el tema del tipo de consecuencias del hecho lesivo. La hipótesis de hecho idónea para activar la tutela resarcitoria se agota en la lesión del bien protegido.

Surge, en este punto, el problema de la admisibilidad del resarcimiento de dicha figura de daño, en presencia de la regla restrictiva del art. 2059 C.C. Tras alternarse algunas vicisitudes, la jurisprudencia de los tribunales superiores –reconfortada por la intervención de la Corte Constitucional– se ha orientado en el sentido de una nueva e integral lectura del sistema del Código Civil: una interpretación evolutiva o amoldadora, a la luz de la Costitución.

El art. 2043 C.C. ya no se lee más de la mano con el art. 2059 C.C.; de la primera norma se extrae un «principio de la resarcibilidad del daño injusto […] sin referencia específica a la naturaleza patrimonial del daño»[26]. Paralelamente, ya no se entiende por «daño no patrimonial» –en el sentido del art. 2059 C.C.– cualquier daño que no sea patrimonial, sino solamente el daño moral–subjetivo de la tradición. Y este razonamiento es extendido, más allá del daño a la salud, a todas las hipótesis de lesión contra los denominados derechos de la personalidad, a la luz del art. 2 de la Constitución italiana, interpretado como cláusula abierta.

El sistema bipolar es sustituido por un sistema tripolar: se añade al daño patrimonial, en el área del art. 2043 C.C., el daño personal «como daño que no es ni patrimonial ni no patrimonial»[27]. Así, se ha asignado al art. 2059 C.C. un ámbito operativo muy reducido: en las hipótesis a las que reenvía la norma (y principalmente en la hipótesis del delito, por lo tanto), la victima tiene derecho a un *surplus* de resarcimiento monetario, siempre que del hecho lesivo haya derivado un dolor físico o sufrimientos morales.

---

[26] Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 2396 del 6.4.1983, en *Giurisprudenza Italiana*, 1984, I, 1, col. 537.

[27] Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 6607 del 11.11.1986 en *Giustizia Civile*, 1987, I, p. 572.

Por otro lado, el proceso de complicación de la noción jurídica del daño presenta un aspecto ulterior, que es contradictorio, en parte, con el que se acaba de examinar. Efectivamente, si bien las tendencias jurisprudenciales innovativas restringen el alcance del art. 2059 C.C. al daño moral–subjetivo en las hipótesis de lesión de bienes personales, en otros campos aquéllas se manifiestan en la dirección opuesta. En los hechos, la noción de daño no patrimonial es extendida hasta llegar a comprender figuras inéditas, irreducibles a la definición tradicional en los términos de daño moral–subjetivo.

Más ampliamente en la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia, y menos restrictivamente, pero en modo significativo, en la de los tribunales superiores, se admite la constitución en parte civil de sujetos portadores de intereses colectivos o difusos, al reconocerse la existencia y la relevancia de un daño no patrimonial, padecido por tales sujetos a causa de un delito atentatorio contra los intereses de los cuales son portadores[28-29]. En las tendencias jurisprudenciales, este daño no patrimonial –que no tiene nada que ver, evidentemente, con la perturbación del ánimo de la víctima– se identifica, en realidad, con la «lesión en sí» del interés difuso o colectivo[30]. Se trata, entonces, de un esquema formal muy similar al adoptado para el daño biológico (y después, en general, para el daño a la persona), que es empleado,

---

[28] Corte de Casación Penal italiana: Sent. n. 8202 del 25.9.1982 (aud. del 20.4.1982), caso De Felice, en *Rivista Penale*, 1983, pp. 522-523.

[29] (*N. del trad.*). Transcribo, para mayor claridad, parte de dos de las sumillas de la jurisprudencia citada por el profesor SALVI (una sentencia de la Corte de Casación Penal, en la que se reconoció como sujeto portador del interés colectivo al «ente territorial»):
«El delito de construcción abusiva en el cual la Municipalidad está legitimada para constituirse en parte civil, el daño se reconoce en el atentado contra un bien específico de la colectividad local, generalmente designado por las leyes (...) con el nombre de «territorio municipal», o más en general, «territorio». (...).
En los delitos urbanísticos, el daño injusto – y resarcible, por lo tanto, a la Municipalidad, en cuanto lesivo del bien «territorio» – es entendido como un «perjuicio a la habitabilidad del medio ambiente, a los equilibrios sociológicos, ecológicos, biológicos», o causa «de disfunciones, de problemas de servicio, de retardos, de condicionamientos, de limitaciones, de preclusiones, que el abuso es idóneo para causar en la realización del programado esquema habitacional, productivo, cultural, recreativo del territorio»».

[30] Cfr. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., pp. 269 y ss.

sin embargo, en el ámbito de una interpretación extensiva del art. 2059 C.C., y no –como sí ocurre en otras hipótesis– del art. 2043 C.C.

En el plano normativo, la experiencia italiana moderna ha llegado a las conclusiones que se resumen a continuación: los criterios generales de resarcibilidad del daño, a los que hace referencia el Título IX del Libro IV del Código Civil, no se aplican solamente al daño que consiste en las consecuencias económicas del hecho lesivo, sino también al daño que consiste en la lesión del bien (o de determinados bienes) de la persona.

Sin embargo, esta equiparación normativa no puede conducir a una equiparación teórico–conceptual. Como se ha visto, la distinción entre daño patrimonial y daño no patrimonial subsiste, cualquiera que sea la interpretación que se asuma respecto del art. 2059 C.C., porque las funciones del resarcimiento (y, más aún, las del entero juicio de responsabilidad) son diferentes cuando interviene como reacción frente a uno u otro tipo de acontecimiento[31].

En el primer caso, el problema que afronta el ordenamiento consiste en compensar una pérdida económica (desde el punto de vista de la víctima) y, por lo tanto, en establecer los criterios de redistribución de los costos económicos de ciertos acontecimientos (desde el punto de vista del interés general), entre los miembros de la Sociedad.

En el segundo caso, prevalece el aspecto de la decisión entre los posibles remedios que se tienen a disposición en la hipótesis de violación de derechos: uno de ellos es el tipo de tutela resarcitoria que se expresa, justamente, en el resarcimiento, que no se configura, en este punto, como una reintegración patrimonial, sino como un remedio con finalidad de tipo esencialmente satisfactorio respecto de la víctima, y a veces, además, de tipo preventivo y punitivo[32].

## 5. El daño injusto

Ya se ha visto que la descripción del acontecimiento que puede ser calificado como «daño» (resarcible) requiere, junto con la determinación del tipo de acontecimiento relevante en abstracto, la

---

[31] C. Salvi, *op. cit.*, pp. 83 y ss.
[32] C. Salvi, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

formulación de un juicio de disvalor relativo al concreto evento lesivo respecto del cual se invoca la tutela resarcitoria: y éste es el dato al que se refiere el art. 2043 C.C. cuando exige, a efectos de la activación del remedio, que el daño se pueda calificar como «injusto».

Aunque es verdad que toda definición del daño en términos de lesión (o violación) de un derecho (o de un interés) es insatisfactoria –si no es también, quizás, porque la reintegración de la situación subjetiva lesionada excede la función del remedio resarcitorio– no deja de ser igualmente cierto que el juicio de responsabilidad se activa sólo como reacción frente a un hecho «injusto». Mediante el análisis de los intereses involucrados en el concreto acontecimiento dañoso, se cumple un juicio de valor sobre la exigencia de reaccionar (o no) frente a tal acontecimiento. Esto es del todo evidente en el daño patrimonial. Cuando un hecho ha determinado una pérdida económica o la no realización de una ganancia en el patrimonio de un sujeto, la violación que involucra la injusticia constituye el elemento inicial (respecto de la imputación del daño a otro sujeto a través de los criterios de responsabilidad: culpa, etc.) de la decisión relativa a la conveniencia de transferir aquellos costos del primer sujeto al segundo sujeto. La injusticia es un elemento esencial de la noción de daño, pues el ordenamiento no prevé una tutela generalizada del patrimonio[33], sino que la subordina a la calificación del acontecimiento dañoso a la luz, sobre todo, de la situación subjetiva de la víctima respecto del bien lesionado.

Para el daño no patrimonial, la problemática de la injusticia se resuelve en la tipificación de los hechos lesivos idóneos para activar el remedio resarcitorio. La responsabilidad no desarrolla aquí una función económica; tampoco existe una razón teórica o de principio por la cual los criterios de calificacion de la injusticia tengan que ser los mismos que operan para el daño patrimonial. Por lo demás, la solución que prevé criterios más rigurosos en el primer caso, además de ser la acogida en el ordenamiento italiano (art. 2059 C.C.), es también la predominante en los sistemas jurídicos contemporáneos.

En lo concerniente al daño (patrimonial) injusto, hace tiempo que se ha superado la idea de que la cláusula tenga que ser entendida en

[33] Cfr. A. DI MAJO, «Il problema del danno al patrimonio», en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1984, pp. 296 y ss.

el sentido de comprender –del conjunto de intereses relevantes a efectos de la tutela– sólo aquellos intereses que son asimilables al esquema del derecho subjetivo absoluto. Por dicha vía, el área del daño injusto resultaba restringida a la lesión de los intereses patrimoniales formalizados en el esquema del derecho real, a los intereses de la persona dotados de tutela objetiva y típica, y a otras pocas hipótesis con previsión normativa expresa (cfr. arts. 872 y 2600 C.C.), o específicamente individualizadas por la jurisprudencia (como el daño a los familiares en caso de muerte de un pariente).

Partiendo de tales premisas restrictivas, en los últimos veinte años se ha vivido un proceso de expansión de las fronteras del daño injusto[34], que ha tocado tanto el área de los intereses personales cuanto la de los bienes económicos. En el primer ámbito, se ha afirmado la idea de la relevancia jurídica unitaria y general de la persona humana, y, por lo tanto, la idea de la injusticia de la lesión de intereses personales aun cuando éstos estuvieran expresamente previstos por la ley (privacidad, identidad personal, etc.). La figura misma del derecho a la salud ha sido extendida más allá de la integridad física del individuo, hasta el punto de abarcar el bienestar psíquico y las condiciones de salubridad de un determinado ambiente.

En la segunda dimensión, no sólo se ha admitido la injusticia del daño por la lesión de la propiedad u otro derecho real, sino también la de los denominados «derechos personales de uso, disfrute y posesión». La tutela risarcitoria ha sido extendida también a los intereses no subsumibles en los esquemas de los derechos de uso y disfrute, las más veces a través de la fórmula de la lesión del derecho de crédito por parte de un tercero[35]. Tampoco faltan afirmaciones de carácter general, que juzgan como daño injusto toda lesión contra un «derecho a la integridad del patrimonio»[36].

---

[34] Cfr. F. Galgano, «Le mobili frontiere del danno ingiusto», en *Contratto e Impresa*, 1985, pp. 1 y ss.; G. Visintini, *I fatti illeciti*, I, Padua, 1987, pp. 1 y ss.

[35] Cfr. P. Trimarchi, «Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito», en *Rivista di Diritto Civile*, 1983, I, pp. 225 y ss.; F. D. Busnelli, «La tutela aquiliana del credito», en *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1987, pp. 273 y ss.

[36] Corte de Casación Civil Italiana: Sent. n. 2765 del 4.5.1982, en *Giustizia Civile*, 1982, I, p. 1745.

Es evidente que con semejante razonamiento el empleo del término «derecho subjetivo» deviene tautológico: se habla de «derecho» lesionado porque se reconoce, en concreto, la injusticia del daño. Pero la afirmación de la injusticia se deduce, en realidad, no de la estructura de la situación lesionada, sino de un juicio comparativo de los intereses involucrados en el acontecimiento dañoso. Actualmente, es la tipificación jurisprudencial de las diversas hipótesis de conflicto la que proporciona, en los hechos, el verdadero contenido de la injusticia del daño, que es una noción eminentemente jurisprudencial.

Lo que se puede decir, en términos generales, concierne, sobre todo, a las características lógico-funcionales de la operación que el intérprete está llamado a cumplir para establecer si un determinado daño es injusto o no. Generalmente, esta operación se desarrolla a lo extenso de una secuencia que determina, en primer lugar, si el interés lesionado, en sí mismo considerado, es jurídicamente relevante, es decir, si el interés del actor en relación con el bien «ha dejado de configurarse en un aspecto económico, moral o social, y ha pasado a asumirse entre aquellos que el derecho protege»[37]. En segundo lugar, entra a tallar la comparación con el interés subyacente a la actividad lesiva; comparación que se realiza, igualmente, sobre la base de las directrices normativas deducibles del ordenamiento (del texto constitucional, en primer lugar); en particular, de la normativa que regula los intereses involucrados en la hipótesis dañosa.

Para describir estas dos fases del juicio, la jurisprudencia suele señalar que es «injusto» el daño que presenta la doble característica de ser *non iure* (esto es, proveniente de un hecho que no constituye ejercicio de un derecho) y *contra ius* (es decir, lesivo de una situación jurídica garantizada por el ordenamiento). En realidad, la injusticia resulta de una síntesis de los dos aspectos: en la responsabilidad civil, el denominado ejercicio del derecho no es asimilable a las causas de justificación propiamente dichas (como la legítima defensa y el estado de necesidad *ex* arts. 2043 y 2045 C.C.), porque establecer, precisamente, que el acto lesivo debe considerarse ejercicio (y no abuso) de un derecho sólo es posible mediante una evaluación comparativa con el interés lesionado.

---

[37] S. RODOTÀ, *Il problema*, cit., p. 203.

En definitiva, la calificación de la injusticia del daño se expresa en la comparación de los intereses que conflagran en el hecho dañoso[38], a veces realizada directamente por la ley (cfr., por ejemplo, los arts. 844 y 2598 C.C.), y en más ocasiones, por el juez; pero, en todos los casos, sobre la base de los parámetros normativos deducibles del ordenamiento. En tal sentido, puede decirse que la integración normativa del art. 2043 C.C. se ha hecho más compleja que en el pasado: ya no opera sólo con referencia a la regulación atributiva de derechos absolutos; ahora hace referencia, más globalmente, al conjunto de los datos normativos relevantes para la calificación de los intereses en conflicto. Resulta decisiva la obra de la jurisprudencia, que mediante sucesivos ajustes construye, en la evolución práctica, nuevas figuras de «auto ilícito civil».

## 6. La tipicidad del daño no patrimonial

Para el daño no patrimonial, el Código Civil italiano prevé una regla de tipicidad legislativa (art. 2059 C.C.). Por largo tiempo –como se ha recordado precedentemente– dicha norma ha sido entendida como una que reconoce relevancia al daño sólo en presencia de una expresa previsión normativa en tal sentido, siendo la más importante de estas previsiones la del art. 185 del Código Penal[39].

En el sistema de los dos códigos, el principio de tipicidad de los daños no patrimoniales se realiza, efectivamente, mediante un doble reenvío: del art. 2059 C.C. al art. 185 C.P., y de éste último a las específicas hipótesis de delito, que identifican tanto el elemento objetivo (el bien penalmente protegido), cuanto el subjetivo (culpa, dolo genérico o específico) de la hipótesis de responsabilidad.

Por otro lado, en tiempos más recientes se han delineado tendencias hacia la afirmación de la relevancia de los daños no patrimoniales incluso en supuestos no expresamente previstos en la ley. Según una primera

---

[38] P. Trimarchi, voz «Illecito (diritto civile)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., XX, 1970, pp. 98 y ss.; G. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Nápoles, 1975, pp. 245 y ss.

[39] Sobre el daño no patrimonial derivado de delito v. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., pp. 133 y ss. Una confirmación del principio de tipicidad en el resarcimiento del daño no patrimonial se tiene en el art. 2 de la Ley n. 117 del 13.4.1988, en materia de resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de las funciones judiciales, que prevé el resarcimiento de los daños no patrimoniales sólo si «derivan de privación de la libertad personal».

perspectiva[40], el principio de tipicidad impuesto por el art. 2059 C.C. no debería entenderse como la expresión de una regla taxativa. Entre los «casos determinados por la ley», a los que se refiere la norma en mención, también estarían comprendidas hipótesis en las cuales el término «resarcimiento del daño», aun en ausencia de una expresa previsión en tal sentido, estaría referido al daño no patrimonial (así, por ejemplo, en los arts. 7 y 10 C.C.). Tales normas serían, entonces, susceptibles de analogía, pudiéndose configurar, así, una cláusula general de resarcibilidad de los daños no patrimoniales, frente a una lesión contra los denominados derechos de la personalidad.

Un camino distinto, para obtener el mismo resutado, es el seguido por la jurisprudencia que se ha recordado líneas atrás[41]. Sobre la base de los arts. 2 y 32 de la Constitución se ha construido una categoría general de «daño a la persona»[42], asociable con el art. 2043 C.C., y no con el art. 2059 C.C., en la medida que se trata de un «daño que no es ni patrimonial ni no patrimonial»[43]. En realidad, se recurre a esta expresión –de por sí privada de sentido, tanto desde el punto de vista sistemático y funcional, cuanto en el aspecto normativo– para sustraer de la regla restrictiva del art. 2059 C.C. el resarcimiento no patrimonial de los bienes personales. Es previsible que la jurisprudencia esté llamada actualmente –tal como ha ocurrido en la República Federal Alemana[44], donde los datos normativos y la evolución interpretativa son similares a los de Italia[45]– a precisar y delimitar el ámbito y los presupuestos de la tutela resarcitoria de los derechos de la personalidad, cuando dicha tutela se haya predispuesto independientemente de la existencia una pérdida económica.

## 7. La reparación del daño como figura general

En el fondo de la noción de resarcimiento está la idea de colocar al damnificado, a través de la aplicación positiva de este tipo de

---

40 A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milán, 1975, pp. 55 y ss.; G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 312 y ss.

41 V. *supra*, par. 4.

42 D. MESSINETTI, voz «Personalità (diritti della)», cit., pp. 393 y ss.

43 V. *supra*, nota 26.

44 (*N. del trad.*) Recuérdese que el presente estudio (de 1989) es anterior a la Unificación alemana.

45 La jurisprudencia ha aplicado analógicamente el § 847 BGB al «derecho general de la personalidad», pero sólo en caso de lesión «grave».

remedio, en la misma posición en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido. Pero desde el momento en que nada de lo sucedido históricamente puede ser eliminado, habrá que tratar, más bien, de determinar el criterio o método mediante el cual se puede restaurar, más adecuadamente, el *statu quo*[46].

Por largo tiempo ha prevalecido la idea de que tal resultado puede lograrse, de una u otra manera, mediante el pago de una suma en dinero equivalente al daño padecido, a pesar de que en algunas áreas y sistemas esta conclusión es considerada una consecuencia –de orden práctico– de la imposibilidad (o del reducido interés del acreedor frente al cual se responde) de la reconstrucción «*in natura*» de la situación alterada; un proceder considerado, en principio, como el modelo abstractamente óptimo de resarcimiento[47].

El «primado» del resarcimiento por equivalente, respecto de la restitución *in natura*, corresponde, evidentemente a la tradicional identificación del daño resarcible con el daño patrimonial, entendido como la diferencia negativa en el patrimonio de la víctima, causada por el hecho lesivo. Se comprende, entonces, por qué el proceso de desarrollo de la categoría del daño y a la progresiva decantación de modelos de daño despatrimonializados, se correspondió con un fenómeno análogo en el ámbito del resarcimiento. Si a ello se añade la creciente importancia que se asigna al resarcimiento en forma específica, es posible concluir que el resarcimiento por equivalente ya no parece ser la forma general, sino sólo una de las posibles figuras en las cuales se manifiesta el remedio resarcitorio.

Si se aprecia bien, en cambio, parece ser correcto efectuar una revisión, incluso terminológica, que aclare por qué el nivel de unificación de los remedios aplicables frente al «daño» (como categoría general) puede expresarse en la categoría, igualmente general, de «reparación», respecto de la cual el resarcimiento por equivalente constituye una figura especial[48].

Pueden asimilarse a la categoría de «reparación» los remedios que tienen en común dos elementos esenciales. En primer lugar, se

---

[46] Sobre las teorías del resarcimiento v. C. Salvi, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

[47] Así, en el sistema del BGB o en los de algunos países socialistas.

[48] V., ya en este sentido, F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padua, 1926, pp. 39 y ss.; Salv. Romano, *Le reparazioni non pecuniarie nel diritto privato italiano*, I, Perusa, 1929, pp. 117 y ss.

trata de técnicas de aplicación posterior, destinadas a intervenir, justamente, en las consecuencias del hecho lesivo; en cuanto tales, se distinguen de las tutelas inhibitorias, o de cesación, dirigidas, por el contrario, a impedir la violación del derecho. En segundo lugar, la reparación permite a la víctima conseguir utilidades equivalentes a las perdidas a causa del acontecimiento dañoso, y no a restablecer las mismas condiciones (de hecho o de derecho) que caracterizaban la situación del sujeto, preexistente al hecho lesivo. Esta última función es propia, en cambio, de las tutelas restitutorias[49].

La figura de la reparación, así definida en vía general, se desenvuelve, luego, en remedios autónomamente caracterizados, entre los cuales se ubica el resarcimiento pecuniario, fundado en la regla de la equivalencia, que parece ser la tutela privilegiada por el sistema para la reparación del daño patrimonial.

## 8. Las formas de reparación: El resarcimiento por equivalente. La «indemnización»

A través del resarcimiento por equivalente se realiza la función de redistribución de los costos económicos que es cumplida por el juicio de responsabilidad frente a los daños patrimoniales. Como base de la regulación de tal remedio se encuentra el principio según el cual la víctima tiene derecho a una suma en dinero correspondiente a la entidad del daño que ha padecido, sea como disminución del patrimonio (daño emergente), sea como ganancia no realizada (lucro cesante). El contenido de la obligación resarcitoria debe equivaler a la entidad del daño: en principio, son irrelevantes en la responsabilidad por daños patrimoniales, tanto el grado de culpabilidad del deudor (o la entidad del riesgo introducido, en las hipótesis de responsabilidad objetiva), cuanto el eventual enriquecimiento del responsable, superior al daño ocasionado.

Hay que precisar, más bien, que el daño a resarcir es todo aquel (y sólo aquel) que pueda considerarse «causado» por el responsable. El criterio está expresado en el art. 1223 C.C.: es resarcible la pérdida (o la ganancia no realizada) que sea «consecuencia inmediata y directa» del hecho lesivo. Las reglas (normativas y jurisprudenciales) sobre la

[49] R. SCOGNAMIGLIO, voz «Risarcimento del danno», en *Novissimo Digesto italiano*, cit., XVI, 1969, pp. 20 y ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile*, cit., pp. 241 y ss.

denominada causalidad jurídica integran el principio de la reparación integral del daño, determinando el conjunto de consecuencias económicas del hecho que pueden ser jurídicamente atribuidas al responsable, y que, por lo tanto, deben ser íntegramente resarcidas[50].

El principio de la reparación integral tiene que ser coordinado, luego, con la relevancia que asume –a efectos de la reducción del resarcimiento debido por el responsable– el concurso, en la generación del daño, de un hecho no imputable al demandado. Esto ocurre en la hipótesis de concurso del hecho culposo del damnificado (art. 1227 C.C.) y –según una opinión controvertida[51]– también en la del concurso de una serie causal no imputable (fuerza mayor). Para la hipótesis de concurso de responsables, el art. 2055 C.C. prevé expresamente su irrelevancia respecto de la relación entre la víctima y cada uno de los corresponsables, así como su relevancia, en cambio, en la relación interna entre estos últimos, a efectos de la acción de regreso.

Un verdadero límite frente al principio de la reparación integral está dado, contrariamente, por el criterio de la previsibilidad del daño, aun cuando éste opera sólo en la hipótesis de la responsabilidad contractual, y siempre que el incumplimiento no dependa del dolo del deudor (art. 1225 C.C.).

Cuando el daño patrimonial sea cierto, pero no pueda ser probado en su monto preciso, la determinación en concreto del resarcimiento es remitida a la evaluación equitativa del juez (art. 1226 C.C.; cfr. también el art. 2056, 2do. párrafo C.C., para el lucro cesante, pese a que es una norma de controvertida interpretación). En este caso, la equidad acude en socorro de una satisfactoria aplicación del principio de la reparación integral, cuando no sea posible conseguir de otra manera una certeza suficiente sobre la medida del daño.

En pocos casos excepcionales, en cambio, se atribuye al juez el poder de reducir, con razones y por criterios equitativos, el monto del resarcimiento respecto de aquel que resultaría debido según los criterios generales: se

---

[50] Cfr. G. Gorla, «Sulla cosiddetta causalità giuridica», en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1951, I, pp. 405 y ss.; C. M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 2ª ed., en *Commentario del codice civile*, dirigido por Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, 1979, pp. 246 y ss.

[51] Cfr. F. D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milán, 1974, pp. 137 y ss.

trata del daño ocasionado en estado de necesidad (art. 2045 C.C.), o por un sujeto incapaz de entender y de querer (art. 2047, 2do. párrafo C.C.).

En las hipótesis que se acaban de citar, la ley habla de «indemnización» (*indennità*) y no de resarcimiento (*risarcimento*). Otras veces, se recurre al mismo término cuando el resarcimiento se deriva de un hecho respecto del cual parece descartado el elemento de la ilicitud (arts. 843, 924, 925 C.C.). Aquí estamos en presencia, por otro lado, de una terminología que no indica un *quid* estructuralmente o funcionalmente distinto del resarcimiento; se trata, más bien, de una recaída cultural en la tradicional identificación entre responsabilidad por daños y «auto ilícito».

Se excede del ámbito del resarcimiento propiamente dicho, en cambio, cuando la obligación indemnizatoria está prevista, no como una reacción frente al daño, sino como un correspectivo de la modificación recíproca, y que tiende a ser permanente, de la esfera jurídica de los dos sujetos, que haya determinado el incremento de uno de ellos a costa del otro[52]. Son supuestos conocidos en las relaciones entre los sujetos privados, o en las de éstos con los poderes públicos: las inmisiones intolerables, pero que responden a las «exigencias de la producción» (art. 844, 2do. párrafo C.C.), la ocupación de una porción del terreno ajeno, en el sentido del art. 938 C.C. y la constitución coactiva de un derecho de servidumbre (art. 1032 C.C.).

También se diferencian del resarcimiento propiamente dicho, aunque en otro aspecto, las hipótesis en las cuales el *quantum* adeudado es predeterminado por el legislador respecto de determinados incumplimientos, incluso a efectos de introducir elementos preventivos y punitivos frente a un daño de no fácil cuantificación, pero que se prevé como un daño de leve monto. Tales son los supuestos del despido injustificado del trabajador (art. 18, 2do. párrafo del Estatuto de los (trabajadores), por ejemplo, o del abuso del arrendador (arts. 31, 34, 60, 2do. párrafo de la Ley sobre la «merced conductiva equitativa», en los que se está fuera del esquema del resarcimiento por equivalente, y se puede hablar, más bien, de una pena privada (también) con finalidad reparadora[53].

---

[52] Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, pp. 21 y ss.; P. RESCIGNO, voz «Obbligazioni (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, cit., XXIX, 1979, p. 157.

[53] Cfr. E. MOSCATI, voz «Pena (diritto privato)», en *Enciclopedia del Diritto*, cit., XXXII, 1982, pp. 778 y ss.

## 9. El resarcimiento en forma específica del daño patrimonial

El resarcimiento del daño (patrimonial) es, en definitiva, una técnica de tutela con función esencialmente económica. Mediante esta técnica, se efectúa el traslado de un costo, que se ha verificado efectivamente respecto de un sujeto, hacia otro sujeto, individualizado como responsable sobre la base de alguno de los criterios normativos de imputación.

En este campo, la finalidad reparadora se traduce en la compensación económica de la pérdida sufrida: la víctima recibirá no menos y no más de dicha pérdida, en cuanto jurídicamente imputable al responsable.

Por otro lado, junto con el resarcimiento por equivalente monetario, el sistema prevé la posibilidad de reaccionar frente al daño patrimonial mediante el resarcimiento en forma específica (art. 2058 C.C.), es decir, mediante la condena al responsable a un *facere* distinto del pago de una suma de dinero. Este remedio no es de fácil encuadramiento. Parece similar a las denominadas «tutelas específicas»; sin embargo, ha sido concebido como reacción frente a un acontecimiento (el daño patrimonial) que el ordenamiento considera relevante en cuanto productivo de una pérdida económica, y con el fin de compensar ésta en el patrimonio de la víctima.

La tutela establecida en el art. 2058 C.C. es siempre, en efecto, una forma de reacción frente al daño[54], y como tal se distingue de las tutelas en sentido propio (específicas), en razón de que estas últimas están dirigidas a dar actuación a una situación subjetiva, o bien a prevenir que dicha situación sea violada. Tampoco parece convincente la tesis que propone fundar en la norma citada un remedio «específico» general, con contenido restitutorio o inhibitorio[55]. En efecto, dicha tesis es, por encima de todo, innecesaria para afirmar el carácter de remedio general (en cuanto admisible incluso en los casos para los cuales no ha sido previsto expresamente) de la tutela inhibitoria o de cesación, dado que a tal resultado se puede arribar, más persuasivamente, por otra vía.

---

[54] R. Scognamiglio, «Il risarcimento del danno in forma specifica», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, pp. 204 y ss.; C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit., pp. 33 y ss.; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Turín, 1985, pp. 162 y ss; Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 3739 del 22.1.1985, en *Giustizia Civile*, 1984, I, p. 3315.

[55] M. Libertini, «Le nuove frontiere», cit., p. 106.

Reconducir las tutelas «específicas» a la norma en cuestión implica, además, una restricción injustificada de la esfera operativa de la misma en un doble aspecto: en primer lugar, el de la excesiva onerosidad para el deudor, que es peculiar al supuesto del art. 2058 C.C., pero extraña al remedio inhibitorio y al restitutorio, como resulta de las previsiones normativas expresas (cfr. art. 7 C.C., etc.), y de la misma jurisprudencia[56]. En segundo lugar, es restrictiva porque subordina la operatividad de la tutela a la subsistencia de criterios de imputación de la responsabilidad (necesarios para activar el art. 2058 C.C.), lo que es irrelevante, por el contrario, cuando se trata, ya no de establecer qué sujeto debe asumir las consecuencias de lo que ha sucedido (como en la responsabilidad por daños, al margen de cuál fuera, a la larga, la modalidad de resarcimiento), sino de impedir que continúe, o se repita, o que tenga inicio, el hecho lesivo, o de reintegrar el derecho lesionado[57].

Asociar con el art. 2058 C.C. la entera gama de las tutelas civiles restitutorias o inhibitorias implica, además, un retroceso conceptual respecto de las modernas reconstrucciones del sistema de las tutelas. Por tal vía, en efecto, se retorna a una concepción unitaria del hecho ilícito civil, cuya sede normativa se reconoce en los arts. 2043 y siguientes del Código Civil italiano. La crítica contra la ecuación entre hecho dañoso y hecho ilícito civil induce, por el contrario, a renunciar a la clasificación misma de las tutelas civiles en torno de la estructura de la *fattispecie*; ello, en favor de un método que privilegie el análisis de la función (diferenciada) de las distintas técnicas de tutela, y del nexo (diferente) que existe entre el presupuesto y los contenidos del remedio, en cada una de ellas[58].

El resarcimiento en forma específica constituye, en definitiva, una forma de reacción frente al daño, que es alternativa (o coherente *pro* parte) al resarcimiento por equivalente. Es así como ha sido configurado en el Código Civil italiano, y existen buenas razones para

---

[56] Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 256 del 22.1.1985, en *Giurisprudenza Italiana*, 1986, I, 1, 129; ID., Sent. n. 2935 del 28.4.1986, en *ivi*, 1987, p. 487; cfr. R. SACCO, «Il possesso», en *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI, Milán, 1988, pp. 312 y ss.

[57] Cfr. A. FRIGNANI, *L' «injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milán, 1974, pp. 426 y ss.

[58] V., *supra*, texto y notas 2 y 4.

no confundirlo con otras técnicas de tutela (restitutoria, inhibitoria, etc.) que se ubican en planos diferentes, aun cuando a veces contiguos.

Es verdad, más bien, que el resarcimiento en forma específica, al ser configurado en estos términos, asume un papel sustancialmente subalterno al resarcimiento por equivalente. Tal resultado –que también se verifica en sistemas donde se ha asignado abstractamente a la reparación *in natura* el papel de principio general respecto de la condena pecuniaria[59]– se deduce de las características propias de la responsabilidad por daños (patrimoniales), la cual se funda en la regla de la equivalencia entre daño y resarcimiento, a efectos de compensar determinadas pérdidas económicas. Como se verá más adelante, el problema de la reparación *in natura* se plantea en términos distintos al proyectar su aplicación a los daños no patrimoniales.

En el resarcimiento en forma específica, el daño asume importancia, principalmente, en su dimensión material o «real», y no tanto en su dimensión económica, calculable con el criterio de la diferencia patrimonial negativa[60]. En el sistema, sin embargo, la primera dimensión es siempre subalterna a la segunda, que expresa mejor la función económica de la responsabilidad por daños. El funcionamiento del remedio *ex* art. 2058 C.C. está subordinado, en efecto, a condiciones que aseguran su compatibilidad con las características propias del resarcimiento por equivalente[61].

El primero de los límites de admisibilidad dispuestos por el art. 2058 C.C. es que la forma específica de resarcimiento «sea posible en todo o en parte». La regla puede parecer obvia, y como tal irrelevante, si no se considera que la (im)posibilidad parcial se entiende con referencia a la finalidad de la tutela resarcitoria, que es la de hacer conseguir a la víctima una compensación de todo el daño (económico) padecido. Si la reparación *in natura* compensa sólo una parte de dicho daño, la víctima conserva el derecho al equivalente monetario de la parte restante. El juicio sobre la posibilidad parcial se traduce, por lo tanto, en un cotejo entre el valor del bien (que la víctima consigue a través del art. 2058 C.C.) y la entidad del daño (calculada según los criterios económicos del resarcimiento por equivalente).

---

59 V., *supra*, nota 42; y sobre el punto específico, J. Esser y E. Schmidt, *Schuldrecht*, 5ª ed., I, 2, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp. 151 y ss.

60 J. Esser y E. Schmidt, *op. cit.*, p. 129.

61 Cfr. C. Salvi, *op. ult. cit.*, pp. 38 y ss.

El límite de la excesiva onerosidad, dispuesto en el 2do. párrafo del art. 2058 C.C., concierne, en cambio, a la entidad del costo para el deudor: pero ya no del costo en sí –dado que en el sistema italiano, como se ha visto, no se han previsto mitigaciones equitativas del *quantum* debido, salvo las hipótesis excepcionales de los arts. 2045 y 2047 2do. párrafo C.C.; por lo tanto, el deudor debe responder de la totalidad del daño ocasionado– sino del costo de la adopción de una forma específica de resarcimiento en lugar de otra.

La excesiva onerosidad tiene lugar, en efecto, cuando el sacrificio económico necesario para el resarcimiento en forma específica supera en manera excesiva, precisamente, el valor a abonar sobre la base del resarcimiento por equivalente. No se trata, por lo tanto, de un límite genérico, orientado a evitar abusos del derecho al resarcimiento[62], sino de un criterio que somete la tutela específica del resarcimiento a la lógica de la equivalencia con la pérdida económica; una lógica que gobierna el sistema de la responsabilidad por daños (patrimoniales).

Por lo tanto, cuando se afirma el papel subalterno del remedio *ex* art. 2058 C.C., respecto del resarcimiento por equivalente, no se señala una «jerarquía de valor»; se expresa, más bien, el dato normativo que adecua el funcionamiento del primero a reglas de compatibilidad respecto de la finalidad peculiar del resarcimiento del daño patrimonial, que está dirigido a compensar una pérdida económica, y no a reintegrar la situación lesionada; finalidad a la que se orientan –tal como se ha visto– remedios distintos del contemplado en el art. 2058 C.C.

## 10. Condena pecuniaria y otras modalidades de reparación del daño no patrimonial

En el planteamiento tradicional, el resarcimiento pecuniario es considerado la forma más adecuada de reparación, incluso para el daño no patrimonial, a pesar de que en éste se encuentra ausente la función económica de la repartición de los costos. Se instaura una equiparación ideal entre «patrimonio moral» y patrimonio en sentido propio, y por lo tanto, entre el daño moral-subjetivo (en el cual, como se ha visto, tiende a agotarse el significado de la figura, según el planteamiento en mención) y el dinero. Equiparación que es bien expresada por la fórmula del *pretium doloris*.

[62] Así, M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 108.

Esta deja de ser una clave de lectura suficiente cuando la condena pecuniaria asume valores más complejos, irreducibles a la pseudoequivalencia monetaria del dolor o la perturbación del ánimo. En la experiencia jurídica contemporánea, amenguar los sufrimientos es sólo una de las posibles funciones de la reparación del daño no patrimonial, y no es ni siquiera la más importante. Cobran un peso predominante, por el contrario, otras finalidades, que varían de acuerdo con la naturaleza del bien lesionado.

Común es el aspecto de la «satisfacción» para la víctima[63], en el sentido de que (a diferencia de lo que ocurre en el daño patrimonial) el resarcimiento es válido, ya no para compensar una pérdida experimentada por la víctima, sino para determinar un enriquecimiento ésta, por razones, a su vez, diversificadas.

A veces, lo que prevalece es el aspecto solidarístico frente a la víctima. Se decide la reparación para garantizar un beneficio económico que exprese la solidaridad del responsable frente a aquel que ha sufrido la lesión de un interés; beneficio que atañe, básicamente, más a las condiciones integrales de bienestar de la persona, que a la dimensión económica. A tal función responde, esencialmente, el resarcimiento del daño a la salud, y en particular, el del llamado daño biológico; se explica así la tendencia –difundida en los sistemas contemporáneos– a reconocer su relevancia, incluso en los supuestos de responsabilidad objetiva.

Otras veces, la satisfacción asume el significado, más vago, de apaciguamiento del sentido de justicia de la víctima, ofendido por el comportamiento lesivo. Dicha función concuerda con la tutela de los derechos de la personalidad, para los cuales la culpabilidad del comportamiento lesivo asume, de hecho, una importancia central a efectos de determinar sea el *an*, sea el *quantum* del resarcimiento.

En esta segunda dimensión, junto con el elemento satisfactorio para la víctima, asume importancia un elemento preventivo y punitivo[64] (completamente ausente en la primera). El aspecto punitivo asume un papel caracterizador cuando (tal como ocurre en la hipótesis del art. 185 del Código Penal) la reprobabilidad del comportamiento

---

63 Cfr. H. Stoll, *op. cit.*, pp. 149 y ss.; P. Tercier, *op. cit.*, pp. 98 y ss.
64 Cfr. C. Salvi, *op. ult. cit.*, pp. 126 y ss.

lesivo constituye el criterio exclusivo para la imputación de la responsabilidad, y el parámetro principal para la cuantificación del resarcimiento.

En realidad, la evaluación cuantitativa del daño no patrimonial constituye un problema[65], cuya solución sólo es posible a la luz de consideraciones de carácter funcional, es decir, sobre la base de las razones (diversas, como se ha visto) por las cuales ha sido prevista la reparación. En efecto, a diferencia del daño patrimonial, el daño no patrimonial no se puede medir en dinero. Tampoco es suficiente un mero reenvío a la equidad judicial, que de por sí no puede decir nada[66] (a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial, para el cual –como se ha visto– el art. 1226 C.C. resulta útil para afrontar la imposibilidad de probar con precisión el monto de una pérdida económica).

Puede decirse, entonces, que a efectos de la cuantificación, asumen un papel central la dimensión social del bien lesionado y la entidad de la lesión; ello, en vista de que la reparación ha sido dispuesta para el cumplimiento de finalidades esencialmente solidarísticas. Aquí el problema –debatido, sobre todo, a propósito del daño a la salud[67]– atañe al peso que se debe asignar, respectivamente, a los parámetros objetivos (inspirados en el principio de igualdad, y que garantes, por lo tanto, de la paridad de tratamiento para eventos lesivos objetivamente «iguales») y a los parámetros (en cambio) proporcionales a las condiciones subjetivas y a la concreta dimensión «personal» de la víctima.

Por el contrario, cuando la *ratio* normativa de la tutela se caracteriza por sus finalidades punitivas y de prevención general, también será necesario, para la determinación del *quantum*, tener en cuenta el título y el grado de culpabilidad presentes en la conducta lesiva, así como las condiciones económicas del responsable[68]; estas últimas, a fin de que la punición o prevención puedan ser eficaces.

---

65 Cfr., G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 373 y ss.

66 La decisión de un tribunal de mérito que se limitara a una genérica invocación de la equidad, sería censurable en sede de legitimidad (Corte de Casación Civil italiana: Sent. n. 2396 del 6.4.1983, en *Giustizia Civile*, 1984, I, 1, p. 537).

67 Cfr. F. D. BUSNELLI y M. BARGAGNA, *La valutazione del danno alla salute*, Padua, 1988.

68 Cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, pp. 401 y ss.

En principio, sin embargo, la reparación del daño no patrimonial también puede operar según modalidades diferentes de la condena pecuniaria[69]. La denominada reparación *in natura* del daño no patrimonial se diferencia, sobre todo (y no distintamente de cuanto se ha visto a propósito del art. 2058 C.C.), de las tutelas dirigidas a prevenir, o a hacer cesar, la violación del derecho. Lo que intenta, en cambio, es reaccionar de la forma más adecuada (y distinta del pago de una suma de dinero) frente al hecho dañoso, garantizando a la víctima una situación «equivalente», en la medida de lo posible, a la que preexistía a la lesión.

En el plano de la expresa previsión legislativa, existen remedios específicos que pueden asimilarse a la reparación no pecuniaria del daño no patrimonial[70]. Aquí entra en cuestión, principalmente, la denominada «rectificación», que se traduce en un deber, a cargo del autor del hecho lesivo contra un derecho de la personalidad, de difundir la respuesta del interesado (art. 8. de la Ley sobre la Prensa; art. 7 de la Ley n. 103 del 14.4.1975 sobre la RAI-TV). No se puede considerar que una función reparatoria, aunque en este caso no tenga carácter exclusivo, esté ausente en el remedio en mención.

Otra forma de reparación no pecuniaria puede asegurarse con la orden de divulgación de la determinación judicial de la lesión (art. 186 del Código Penal italiano, así como el art. 120 de Código Procesal Civil, arts. 7 y 2600, 2do. párrafo, del Código Civil, art. 161 de la Ley de Derechos de Autor, art. 65 de la Ley de Marcas, art. 85 de la Ley de Patentes Industriales).

El problema que se plantea consiste en establecer si, además de los casos de expresa previsión normativa, el juez puede ordenar, junto con (o en lugar de) la condena pecuniaria, medidas atípicas con finalidad de reparación del daño no patrimonial. Es claro que una respuesta positiva no puede brindarse afirmando la aplicabilidad directa del art. 2058 C.C., ya que dicha norma concierne realmente

---

[69] J. Esser y E. Schmidt, *op. cit.*, p. 153; C. Salvi, *op. ult. cit.*, pp. 192 y ss.; M. Libertini, *op. cit.*, pp. 104 y ss.; en contra, R. Scognamiglio, «Il danno morale», en *Rivista di Diritto Civile*, 1957, p. 335; A. De Cupis, *op. cit.*, II, pp. 338 y ss.; G. Bonilini, *op. cit.*, p. 439 y ss.

[70] Sobre la rectificación y la publicación de la sentencia como medios de reparación del daño no patrimonial v. C. Salvi, *op. ult. cit.*, pp. 247 y ss.

–y tal como se ha visto– sólo al daño patrimonial, y su admisibilidad está subordinada a condiciones que no tienen sentido para el daño no patrimonial, en cuanto presuponen la relevancia económica de la pérdida experimentada por el damnificado.

Puede plantearse, más bien, el recurso a la analogía, a la luz del principio constitucional de la efectividad de la tutela. En efecto, la reparación «*in natura*» parece, en principio, más idónea que el resarcimiento pecuniario para asegurar una tutela congruente de los intereses no patrimoniales.

El límite de esta última propuesta, sin embargo, atañe a la exigencia de garantizar, en la misma medida, el interés del responsable[71] –especialmente cuando el mismo tenga también relevancia constitucional– frente a la atribución al juez de un poder extremadamente amplio sobre el posible contenido de la condena; atribución que derivaría de la aplicación analógica del art. 2058 C.C. a los daños no patrimoniales. A estos efectos, asume un papel central la exigencia de atemperar los intereses involucrados en el hecho lesivo, más allá del límite de la «excesiva onerosidad» que, de por sí, considera sólo la dimensión económica de la condena, y no, en cambio, los aspectos, igualmente relevantes, de la garantía de los derechos civiles del demandado.

En todo caso, no deja de ser verdad que cuando se consideran las modalidades de reparación del daño no patrimonial diferentes de la condena pecuniaria, la técnica de la responsabilidad civil se desarraiga, definitivamente, de su referente patrimonial originario. En la actualidad, la multiplicidad de las figuras de daño va de la mano con una multiplicidad de modelos reparatorios, entre los cuales se cuenta, aunque ya no con la hegemonía del pasado, el resarcimiento fundado en la equivalencia monetaria.

---

[71] Sobre este aspecto, en general, cfr. S. CIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milán, 1980, 217 y ss.

# LECTURAS COMPLEMENTARIAS

## UNIDAD I: DAÑO

1) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**CASO GONZALES LLUY Y OTROS *VS.* ECUADOR[*]**

**SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015**

***(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)***

En el caso *Gonzales Lluy y otros,*

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "este Tribunal"), integrada por los siguientes Jueces:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente;
Roberto F. Caldas, Vicepresidente;
Manuel E. Ventura Robles, Juez;
Diego García-Sayán, Juez;
Alberto Pérez Pérez, Juez;
Eduardo Vio Grossi, Juez, y
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez;

presentes, además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 42, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante "el Reglamento" o "Reglamento de la Corte"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

[*] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte el presente caso con el nombre "TGGL y familia Vs. Ecuador". La Comisión dispuso la reserva de identidad de la presunta víctima por tratarse de una niña, así como la reserva de la identidad de la madre de Talía y de los donantes de sangre. Al presentar el escrito de solicitudes y argumentos los representantes informaron que Talía Gabriela Gonzales Lluy, por ser mayor de edad, decidió no preservar la reserva de su identidad. De igual manera señalaron que el nombre de la madre Talía era Teresa Lluy. Teniendo en cuenta esta decisión de las presuntas víctimas y la denominación que tuvo el caso durante el trámite ante la Comisión, la nueva denominación del presente caso es "Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador".

## TABLA DE CONTENIDO

**I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA ..... 4**
**II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE ..... 5**
**III COMPETENCIA ..... 8**
**IV EXCEPCIÓN PRELIMINAR ..... 8**
A. Alegada falta de agotamiento de recursos internos ..... 9
**V CONSIDERACIONES PREVIAS ..... 12**
A. Sobre el marco fáctico del presente caso y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes ..... 12
B. Sobre la determinación de las presuntas víctimas en el presente caso ..... 14
**VI ALEGADO RECONOCIMIENTO DE UN HECHO ..... 14**
**VII PRUEBA ..... 16**
A. Prueba documental, testimonial y pericial ..... 16
B. Admisión de la prueba ..... 17
B.1) Admisión de la prueba documental ..... 17
B.2) Admisión de la prueba testimonial y pericial ..... 18
*B.2.1) Observaciones presentadas por el Estado respecto de ciertas declaraciones rendidas ante fedatario público* ..... 18
C. Valoración de la prueba ..... 19
**VIII HECHOS ..... 20**
A. La regulación de la Cruz Roja y los bancos de sangre en el Ecuador ..... 21
B. La situación de salud de Talía, su hospitalización y la transfusión de sangre del 22 de junio de 1998 23
C. El contagio de VIH a Talía ..... 24
D. La acción penal ..... 25
E. La acción civil ..... 32
E.1 Amparo de Pobreza ..... 33
E.2 Demanda por daños y perjuicios ..... 33
F. Las afectaciones en la educación de Talía derivadas de su situación de persona con VIH ..... 36
G. Hechos relacionados con la asistencia sanitaria y tratamiento recibido por Talía Gonzales Lluy ..... 38
H. Situación de pobreza enfrentada por la Familia Lluy ..... 42
**IX DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL ..... 43**
A. Derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la salud en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud privados ..... 50
B. Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la asistencia sanitaria en el marco del derecho a la vida y a la integridad personal ..... 56
C. Derecho a la integridad personal de Teresa Lluy e Iván Lluy ..... 61
**X DERECHO A LA EDUCACIÓN ..... 65**
A. Alcances del derecho a la educación relevantes para el presente caso: el derecho a la educación de las personas con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA ..... 67
B. Derecho a la permanencia en el sistema educativo, el derecho a no ser discriminado y la adaptabilidad en relación con el derecho a la educación ..... 71
B.1. La diferencia de trato basada en la condición médica de Talía al ser retirada de la escuela ..... 72
B.2. La condición de ser persona con VIH como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana ..... 74
B.3. Inversión de la carga de la prueba, idoneidad y estricta necesidad del medio a través del cual se hizo la diferenciación de trato ..... 78
B.4. Barreras actitudinales asociadas al estigma que sufrieron Talía y su familia con posterioridad a la expulsión de la escuela ..... 83
B.5. Alcance de la discriminación ocurrida en el presente caso ..... 86
**XI GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL ..... 88**

A) Alegadas vulneraciones al artículo 8 de la Convención – garantías judiciales ..... 88
A.1. Derecho a ser oído, debida diligencia y plazo razonable en el proceso penal ..... 88
A.2. Debida diligencia y plazo razonable en el proceso civil ..... 94
A.3. Alegado impacto de la prejudicialidad en el acceso a la justicia ..... 94
B) Alegada vulneración al artículo 25 de la Convención – protección judicial ..... 96
B.1. Acción de amparo constitucional ..... 96
B.2. Proceso penal y civil ..... 97
**XII REPARACIONES ..... 98**
***A. Parte Lesionada*** ..... 99
***B. Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables*** ..... 99
***C. Medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición*** ..... 100
*C.1) Medidas de restitución* ..... 100
*C.2) Medidas de rehabilitación* ..... 100
*C.3) Medidas de satisfacción* ..... 103
C.3.1) Publicación de la Sentencia ..... 103
C.3.2) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional ..... 103
C.3.3) Beca de estudio ..... 104
C.3.4) Entrega de una vivienda ..... 105
*C.4) Garantías de no repetición* ..... 105
C.4.1) Garantías de no repetición en materia de salud ..... 105
C.4.2) Garantías de no repetición en materia de educación y no discriminación ..... 109
***D. Indemnización compensatoria*** ..... 112
D.1) Daño material ..... 112
D.2) Daño inmaterial ..... 116
***E. Costas y gastos*** ..... 118
***F. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas*** ..... 119
***G. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados*** ..... 119
**XIII PUNTOS RESOLUTIVOS ..... 120**

# I
# INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.*– El 18 de marzo de 2014, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión Interamericana" o "la Comisión") sometió a la Corte el caso *TGGL y familia contra Ecuador* (en adelante "el Estado" o "Ecuador"). El caso se relaciona con la presunta responsabilidad internacional del Estado por la afectación a la vida digna e integridad personal de Talía Gabriela Gonzales Lluy (en adelante "Talía"), "como consecuencia del contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó […] cuando tenía tres años de edad". De acuerdo con la Comisión, el Estado no cumplió adecuadamente el deber de garantía, específicamente "su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud". Asimismo, la Comisión concluyó que la falta de respuesta adecuada por parte del Estado, principalmente la omisión en la prestación de atención médica especializada, continuó afectando el ejercicio de los derechos de la presunta víctima; y consideró que la investigación y proceso penal interno no cumplieron con los estándares mínimos de debida diligencia para ofrecer un recurso efectivo a la presunta víctima y sus familiares, Teresa e Iván Lluy, incumpliendo además con el deber de especial protección frente a Talía Gonzales Lluy en su calidad de niña.

2. *Trámite ante la Comisión.* – El trámite del caso ante la Comisión Interamericana fue el siguiente:

a) *Petición.* – El 26 de junio de 2006 la Comisión Interamericana recibió la petición inicial presentada por Iván Patricio Durazno Campoverde.

b) *Informe de admisibilidad.* – El 7 de agosto de 2009 la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad No. 89/09 (en adelante "Informe de Admisibilidad").

c) *Informe de Fondo.* - El 5 de noviembre de 2013 la Comisión emitió el Informe de Fondo No. 102/13, de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana (en adelante "Informe de Fondo").

i) *Conclusiones.*- La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida digna, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento internacional, así como por la violación transversal del artículo 19 de la Convención. Asimismo, concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad psíquica y moral, a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la madre y el hermano de Talía.

ii) *Recomendaciones*.– En consecuencia, la Comisión hizo al Estado una serie de recomendaciones:

1. [r]eparar integralmente a T[alia] y su madre por las violaciones de derechos humanos declaradas en [dicho] informe, incluyendo tanto el aspecto material como moral.
2. [p]roveer, en consulta con T[alia], de manera inmediata y permanente el tratamiento médico especializado que requiere.
3. [p]roveer, en consulta con T[alia], la educación primaria, superior y universitaria, de manera gratuita.

> 4. [r]ealizar una investigación completa y efectiva de las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe.
> 5. [d]isponer mecanismos de no repetición que incluyan: i) la implementación de mecanismos serios y efectivos de supervisión y fiscalización periódica del funcionamiento y sistemas de registro de los Bancos de Sangre que operan en el Ecuador, incluyendo los privados y públicos; ii) la implementación de mecanismos serios y efectivos de supervisión y fiscalización periódica de los hospitales públicos y privados, a fin de asegurar que en su funcionamiento cuenten con las salvaguardas necesarias para verificar la seguridad de los productos sanguíneos que se utilizan para actividades transfuslonales; iii) la implementación de programas de capacitación al personal de los Bancos de Sangre que operan en el Ecuador, a fin de asegurar que ejerzan sus labores de manera compatible con los estándares técnicos mínimos de seguridad reconocidos internacionalmente; y iv) la provisión de tratamiento y atención en salud gratuita a los niños y niñas con VIH que no cuenten con recursos para ello.

d) *Notificación al Estado.* – El Informe de Fondo fue notificado al Estado mediante comunicación de 18 de noviembre de 2013, en la que se le otorgaba un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones. El Estado no presentó observaciones al Informe de Fondo previo al sometimiento del caso a la Corte.

3. *Sometimiento a la Corte.* - El 18 de marzo de 2014 la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte, "por la necesidad de obtención de justicia", la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Fondo[1].

4. *Solicitudes de la Comisión Interamericana.* – Con base en lo anterior, la Comisión Interamericana solicitó a este Tribunal que concluyera y declarará la responsabilidad internacional del Ecuador por las violaciones contenidas en el Informe de Fondo y que se ordenara al Estado, como medidas de reparación, las recomendaciones incluidas en dicho informe (*supra* párr. 2).

## II
## PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. *Notificación al Estado y a los representantes.* – El sometimiento del caso por parte de la Comisión fue notificado al Estado y a las presuntas víctimas el 17 de abril y 7 de mayo de 2014 respectivamente.

6. *Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.* – El 10 de junio de 2014 los representantes de las presuntas víctimas[2] (en adelante "los representantes") presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante "escrito de solicitudes y argumentos"), en los términos de los artículos 25 y 40 del Reglamento de la Corte. Asimismo, las presuntas víctimas solicitaron acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana (en adelante "Fondo de Asistencia").

7. *Escrito de contestación.* – El 2 de septiembre de 2014 el Estado presentó ante la Corte su escrito de interposición de excepciones preliminares, contestación al sometimiento del caso y de observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante "escrito de

---

[1] La Comisión Interamericana designó como delegados a la Comisionada Rose-Marie Belle Antoine y al Secretario Ejecutivo Emilio Álvarez Icaza, y como asesoras legales a Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Silvia Serrano Guzmán, abogada de la Secretaría Ejecutiva.

[2] Los representantes de las presuntas víctimas durante el trámite del caso ante la Corte fueron los señores Ramiro Ávila Santamaría y Gustavo Quito Mendieta.

contestación")[3]. El Estado interpuso dos excepciones preliminares y se opuso a las violaciones alegadas.

8. *Fondo de Asistencia.* – Mediante Resolución de 7 de octubre de 2014 el Presidente de este Tribunal declaró procedente la solicitud interpuesta por las presuntas víctimas, a través de sus representantes, para acogerse al Fondo de Asistencia, y aprobó que se otorgara la asistencia económica necesaria para la presentación de un máximo de tres declaraciones y dos peritajes, y la comparecencia de uno de los representantes en la audiencia pública.

9. *Observaciones a las excepciones preliminares.* - Mediante los escritos recibidos el 2 y 11 de octubre de 2014, los representantes y la Comisión presentaron sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado y solicitaron que fueran rechazadas.

10. *Audiencia pública.* – Mediante Resolución de 12 de enero de 2015[4] el Presidente convocó a las partes a una audiencia pública para recibir sus alegatos y observaciones finales orales sobre las excepciones preliminares y eventuales fondo, reparaciones y costas, así como para recibir la declaración de una presunta víctima propuesta por los representantes y tres peritos propuestos por la Comisión, los representantes[5] y el Estado, respectivamente. Asimismo, mediante dicha Resolución se ordenó recibir las declaraciones rendidas ante fedatario público (*afidávit*) de dos presuntas víctimas propuestas por los representantes, dos testigos propuestos por los representantes, dos peritos propuestos por la Comisión, ocho peritos propuestos por los representantes y dieciséis peritos propuestos por el Estado. La audiencia pública[6] se celebró los días 20 y 21 de abril de 2015 durante el 52 Período Extraordinario de Sesiones en la ciudad de Cartagena, Colombia. En el curso de dicha audiencia los Jueces de la Corte solicitaron determinada información y documentación adicional a las partes, para que fueran remitidas junto con sus alegatos y observaciones finales escritas, respectivamente.

11. *Amici curiae.* – Este Tribunal recibió 17 escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por: 1) José Paul Heraldo Gallardo Echeverría; 2) Ximena Casas Isaza, Viviana Bohórquez Monsalve, Ariadna Tovar Martínez, Ma. José Barajas de la Vega y Susana Chávez Alvarado, en representación del Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro

---

[3] El Estado designó como agente titular al señor Erick Roberts Garcés, Director Nacional de Derechos Humanos de la Procuraduría General del Estado; y como agentes alternos a los señores Alonso Fonseca Garcés y Carlos Espín Arias.

[4] *Cfr. Caso Gonzales Lluy (TGGL) y familia Vs. Ecuador.* Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de enero de 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/gonzaleslluy_12_01_15.pdf

[5] El 29 de enero de 2015 los representantes informaron que el perito Jorge Vicente Paladines, convocado para rendir declaración en la audiencia pública, presentó su excusa por razones de fuerza mayor. Por ello, solicitaron se permitiera la comparecencia de otro de los peritos propuestos. Luego que el Presidente de la Corte solicitó al Estado y a la Comisión observaciones respecto de dicha solicitud, mediante la Resolución de 11 de febrero de 2015 se resolvió convocar al perito Julio César Trujillo a la audiencia pública, por la similitud entre el objeto de su peritaje y el del perito Paladines. *Cfr. Caso Gonzales Lluy (TGGL) y familia Vs. Ecuador.* Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 11 de febrero de 2015. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/gonzaleslluy_11_02_15.pdf

[6] A la audiencia pública asistieron las siguientes personas: a) por la Comisión Interamericana: Rose-Marie Belle Antoine, Presidenta; Silvia Serrano Guzmán, abogada de la Secretaría Ejecutiva, y Jorge H. Meza Flores, abogado de la Secretaría Ejecutiva; b) por la representación de las presuntas víctimas: Ramiro Ávila Santamaría, representante, y c) por el Estado del Ecuador: Erick Roberts Garcés, agente principal; Alonso Fonseca Garcés, agente alterno; Juan Carlos Álvarez, abogado; María Verónica Espinosa, Subsecretaria Nacional de Gobernanza de la Salud, y Nadia Ruiz, delegada del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

(CLACAI)[7]; 3) Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)[8]; 4) Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH)[9]; 5) Judith Salgado Álvarez[10]; 6) Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social[11]; 7) María Dolores Miño Buitrón, Directora Jurídica del Colectivo de Abogados Human Rights for All; 8) NaTalía Torres Zuñiga; 9) Víctor Abramovich y Julieta Rossi[12]; 10) Mónica Arango Olaya, Directora para América Latina y el Caribe del Centro de Derechos Reproductivos y Catalina Martínez Coral, Gerente Regional de dicho Centro; 11) Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo[13]; 12) ELEMENTA Consultoría en Derechos[14]; 13) Laura Pautassi, Laura Elisa Pérez y Flavia Piovesan[15]; 14) Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) firma Dalile Antunez, Co-Directora de la mencionada Asociación; 15) Algunos Docentes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ambato, Escuela de Jurisprudencia[16]; 16) Defensoría del Pueblo de Ecuador[17], y 17) Siro L. De Martini, Director del Centro de Investigación en Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos de la Facultad de Derechos de la Pontificia Universidad Católica de Argentina (UCA) y Ludovic Hennebel, Director de la Clinique de Droit International Des Droits de L' Homme de Aix-Marseille Université, France[18].

12. *Alegatos y observaciones finales escritas.* – El 20 y 21 de mayo de 2015 las partes y la Comisión presentaron sus alegatos y observaciones finales escritas, respectivamente. El Estado y los representantes remitieron diversa documentación junto con sus escritos. El 1 y 5 de junio de 2015 las partes y la Comisión, respectivamente, presentaron sus observaciones a los anexos a los alegatos finales escritos presentados por las partes, así como a las respuestas a las preguntas formuladas por los jueces de la Corte en la audiencia pública.

---

[7] Ximena Casas Isaza es Coordinadora de la Red Jurídica de CLACAI, Viviana Bohórquez Monsalve Abogada de la Red Jurídica de CLACAI, Ariadna Tovar Martínez es Directora Regional de Women´s Link Worldwide y miembro de la Red Jurídica de CLACAI, Ma. José Barajas de la Vega es Abogada miembro de la Red Jurídica de CLACAI y Susana Chávez Alvarado es Secretaria Ejecutiva de la Red jurídica CLACAI.

[8] Firman César Rodríguez Garavito y Celeste Kauffman, director e investigadora de Dejusticia.

[9] Escrito presentado por Beatriz Villarreal, Presidenta de INREDH.

[10] Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

[11] Firman Andrea Parra, Directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia, Juan David Camacho, Asesor Jurídico de dicho programa, así como Lina Rocío Cala y Paula Lorena Mora, estudiantes adscritos a PAIIS.

[12] Profesor y profesora tanto de la Universidad de Buenos Aires (UBA) como de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

[13] Firman Ezequiel Nino y Agustina Ramón Michel, Coordinador General y Co-coordinadora respectivamente de la Clínica Jurídica de la Universidad de Palermo, así como Karina G. Carpintero, Juan Ignacio Santos y Elma Mansilla, integrantes de la mencionada Clínica.

[14] Firman Adriana Muro Polo y Manuela Piza Caballero.

[15] Integrantes del Grupo de Trabajo para analizar los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador.

[16] Firman Edgar Santiago Morales Morales, María Fernanda San Lucas Solórzano y Luis Fernando Suárez Probaño, como Docentes de la mencionada Universidad, así como Carolina Romero Córdova.

[17] Firman Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo de Ecuador; Patricio Benaleázar, Adjunto de Derechos Humanos y de la Naturaleza; y, José Luis Guerra Mayorgan, Director General Tutelar, todos de la mencionada Defensoría. Así mismo, firma Pablo Campa, como subrogante del Director de Derechos del Buen Vivir.

[18] Firman también Rolando Gialdino como Coordinador del *amicus curiae* y Karina G. Carpintero, Belen E. Donzelli y Magdalena I. García Rossi como miembros e investigadoras de la UCA.

13. *Prueba superviniente y prueba para mejor resolver.* – El 14 de julio de 2015 el Presidente de la Corte solicitó al Estado como prueba para mejor resolver un "Manual para Bancos, Depósitos de Sangre y Servicios Transfusionales", mencionado en un dictamen emitido por la Fiscalía que intervino en el proceso penal del presente caso. Dicho documento fue remitido el 20 de julio de 2015.

14. *Solicitud de medidas provisionales.* – El 16 de julio de 2015 los representantes solicitaron a la Corte que ordenara al Estado la adopción de medidas provisionales para asegurar la atención inmediata en salud de Talía Gonzales Lluy, incluyendo la posibilidad de acudir a servicios privados y de contar con la medicina que se adecúe para su salud, debido a que su condición de salud se habría agravado. El 23 de julio de 2015 el Estado y la Comisión presentaron sus observaciones. El 28 de julio y el 5, 12, 27 y 31 de agosto de 2015 las partes presentaron información adicional en relación con esta solicitud de medidas provisionales.

15. *Deliberación del presente caso.* – La Corte inició la deliberación de la presente Sentencia el 26 de agosto de 2015.

## III
## COMPETENCIA

16. La Corte es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que el Ecuador es Estado Parte en la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977 y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte el 24 de julio de 1984.

## IV
## EXCEPCIÓN PRELIMINAR

17. En su escrito de contestación, el Ecuador presentó dos argumentos que denominó como excepciones preliminares, con relación a: i) la alegada incompetencia parcial del Tribunal para tratar hechos ajenos al marco fáctico y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes y ii) la alegada falta de agotamiento de recursos internos.

18. La Corte considerará como excepciones preliminares únicamente aquellos argumentos que tienen o podrían tener exclusivamente tal naturaleza atendiendo a su contenido y finalidad, es decir, que de resolverse favorablemente impedirían la continuación del procedimiento o el pronunciamiento sobre el fondo[19]. Ha sido criterio reiterado de la Corte que por medio de una excepción preliminar se presentan objeciones relacionadas con la admisibilidad de un caso o la competencia de la Corte para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar[20]. Por ello, independientemente de que el Estado defina un planteamiento como "excepción preliminar", si al analizar estos planteamientos se tornase necesario entrar a considerar

---

[19] *Cfr. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 35.

[20] *Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34, y *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 15.

previamente el fondo de un caso, los mismos perderían su carácter preliminar y no podrían ser analizados como una excepción preliminar[21].

19. Bajo los criterios expuestos, la Corte considera que el argumento presentado como excepción preliminar relacionado con la supuesta incompetencia parcial de este Tribunal para tratar derechos ajenos al marco fáctico del caso y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes, no se relaciona con una cuestión de admisibilidad o competencia de este Tribunal[22]. Por lo tanto, estos aspectos serán analizados en el capítulo siguiente, relativo a las consideraciones previas[23] al referirse al marco fáctico del caso.

20. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal resolverá a continuación la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos interpuesta por el Estado ecuatoriano.

### *A. Alegada falta de agotamiento de recursos internos*

*Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión y los representantes*

21. El ***Estado*** adujo que la Comisión "en su informe de admisibilidad recogió la posición [d]el Estado, con relación a la petición presentada por las presuntas víctimas [en lo referente] a la falta de intentar recursos internos como la recusación de magistrados, la acción indemnizatoria por daño moral y el recurso de casación, en materia penal". El Estado resaltó además que la peticionaria cometió dos errores dentro de los litigios internos que no son imputables al Estado, a saber, no apelar la acción de amparo constitucional y no ejercer el derecho de presentarse como acusadora particular.

22. El Estado alegó además que si bien estuvo prevista la prejudicialidad de materia penal a civil, esta no se registra para demandar por daño moral, para lo cual existe una acción que no fue intentada y cuya finalidad era entregar una reparación a causa de un daño inmaterial, como ha sido alegado ahora frente a la Corte. De igual manera, argumentó que la decisión del trámite N.012-2000 de amparo constitucional, que no le fue favorable a las presuntas víctimas, no fue apelada pese a la regla de doble instancia que mantiene el Estado ecuatoriano, inacción procesal por la cual la sentencia quedó en firme. De acuerdo con el Estado, el amparo constitucional tenía desde su diseño la posibilidad de cesar, suspender o remediar inmediatamente la vulneración de derechos constitucionales, pudiendo ser procesada en cualquiera de sus dos instancias, es decir, "la apelación como recurso, era idóneo para prevenir cualquier presunta vulneración del derecho, pero no fue interpuesta".

23. Además, el Estado argumentó que "exist[ió] inactividad de las presuntas víctimas en el trámite de la causa penal, al punto que, no presentaron su acusación particular en el tiempo pertinente, situación que t[uvo] como efecto procesal el no ser considerado como parte de una causa, [lo cual] no es imputable al Estado". Finalmente, alegó que "de no aceptar [la Corte la excepción preliminar de falta de] agotamiento de recursos internos,

---

[21] *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 39, y *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, párr. 15.

[22] En similar sentido, *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 18.

[23] *Cfr. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 25, y *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, párr. 15.

deberá aceptar como excepciones parciales, y no pronunciarse sobre presuntas violaciones a los artículos 2, 24 y 26 de la Convención o a las normas del Protocolo [Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador")] ya que se vulneraría el derecho a la defensa del Estado al no haber sido tratados tales derechos en las fases de admisibilidad o fondo ante la Comisión.

24. En el Informe de Fondo, la ***Comisión*** afirmó que en la etapa de admisibilidad el Estado alegó que no se agotaron los recursos internos, aspecto que fue analizado en el Informe de Admisibilidad. En sus observaciones a las excepciones preliminares, la Comisión indicó que "los argumentos presentados ante la Comisión no son coincidentes en su integridad con los argumentos presentados ante la Corte". Particularmente, señaló que en la etapa de admisibilidad el Estado no hizo referencia a la apelación en el marco de la acción de amparo constitucional por lo que dicho componente de la excepción preliminar debía ser desechada por extemporánea.

25. Igualmente, la Comisión recordó que mediante su informe de admisibilidad 89/09 se pronunció sobre los requisitos de admisibilidad establecidos en la Convención Americana. Allí la Comisión recapituló que los peticionarios pusieron en conocimiento del Estado el contagio con VIH en perjuicio de Talía a través de la acción penal y la civil por daños y perjuicios, a través de los cuales el Estado tenía la oportunidad de remediar la situación, lo que no ocurrió en el presente caso. Por el contrario, la acción penal prescribió sin que se lograra establecer responsabilidad alguna, mientras que el procedimiento en el marco de la acción civil fue declarado nulo debido a la prescripción penal. En este sentido, la Comisión consideró que los recursos internos fueron agotados por ambas vías.

26. Los ***representantes*** afirmaron que el Estado "exige agotar vías que hubiesen retardado los juicios o vías que no fueron creadas para proteger derechos fundamentales [y que] son inadecuadas". De acuerdo con los representantes "la acción adecuada y que estaba al alcance de las personas era el amparo constitucional y la acción penal que tenía reparación civil si es que hubiese sido efectiva, y que fueron agotadas". Finalmente, señalaron que "las acciones previstas por el sistema jurídico ecuatoriano son simplemente ineficaces y las sugeridas por el Estado son inadecuadas".

*Consideraciones de la Corte*

27. El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana, de conformidad con los artículos 44 o 45 de la Convención, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. En este sentido, la Corte ha sostenido que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es, durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión[24].

28. Por tanto, el Estado debe precisar claramente ante la Comisión durante la referida etapa del trámite del caso, los recursos que, a su criterio, aún no se agotaron. Lo anterior se encuentra relacionado con la necesidad de salvaguardar el principio de igualdad procesal entre las partes que debe regir todo el procedimiento ante el sistema interamericano. Como la Corte ha establecido de manera reiterada, no es tarea de este Tribunal, ni de la Comisión,

---

[24] *Cfr. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288, párr. 42.

identificar *ex officio* cuáles son los recursos internos pendientes de agotamiento, en razón de que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado. Asimismo, los argumentos que dan contenido a la excepción preliminar interpuesta por el Estado ante la Comisión durante la etapa de admisibilidad deben corresponder a aquellos esgrimidos ante la Corte[25].

29. Al respecto, es posible advertir que la excepción planteada fue interpuesta durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión. En dicha oportunidad, el Estado alegó que los peticionarios realizaron la acusación particular en el proceso penal fuera de término, no presentaron un recurso de casación o una nueva acción civil respecto del proceso civil que fue objeto de nulidad, no hicieron uso del recurso de recusación contra los jueces o magistrados que conocían la causa ni de la acción de daños y perjuicios contra los mismos, de la acción indemnizatoria por daño moral contra el Estado, ni hicieron uso del recurso de casación en el proceso penal.

30. Por otra parte, dentro del procedimiento ante la Corte el Estado alegó además que los peticionarios no apelaron la acción de amparo constitucional. En este sentido, la Corte reitera que el momento procesal oportuno para específicar los recursos que el Estado alega se encontraban pendientes de agotamiento era dentro del procedimiento ante la Comisión. Por ello, las manifestaciones realizadas por el Estado ante esta Corte respecto de los recursos internos en el proceso del amparo constitucional resultan extemporáneas.

31. Respecto de los demás recursos alegados por el Estado, este Tribunal recuerda que es preciso que el Estado no sólo especifique los recursos internos que aún no se han agotado, sino que debe demostrar que estos se encontraban disponibles y eran adecuados, idóneos y efectivos[26]. En relación a los recursos de recusación de jueces y magistrados, y daños y perjuicios contra los mismos; y la accion de casación, como se encontraba regulada en la normativa penal y civil ecuatoriana, la Corte estima que, por su naturaleza, en el caso concreto no resultan adecuados ni efectivos para la determinación de responsabilidad por los hechos que rodearon el contagio de Talía con el virus del VIH, ni para determinar una reparación adecuada.

32. En cuanto a la acción indemnizatoria por daño moral en materia civil, tal y como fue señalado por la Comisión en el Informe de Admisibilidad, este Tribunal destaca que la misma no resultaba adecuada para obtener una indemnización por la totalidad de los daños ocasionados a Talía Gonzales Lluy. Finalmente, respecto de la acusación particular en materia penal la Corte nota que la acusación particular no constituía, en el presente caso, un recurso que las presuntas víctimas debieran agotar, en tanto la conducta investigada en el proceso penal se encontraba tipificada en el Código Penal ecuatoriano como un delito de acción pública perseguible de oficio, y en el caso concreto los peticionarios pusieron en conocimiento del Estado el contagio de Talía Gonzales Lluy a través de la acción penal.

33. En consecuencia, la Corte desestima la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos planteada por el Estado.

---

[25] *Cfr. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 21.

[26] *Cfr. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 29.

## V
## CONSIDERACIONES PREVIAS

### *A. Sobre el marco fáctico del presente caso y presuntas violaciones a derechos fuera de las establecidas por la Comisión en sus informes*

*Argumentos de la Comisión y las partes*

34. El ***Estado*** alegó que, en virtud de los artículos 40.2.b y 44.1 del Reglamento de la Corte, se deduce que "los casos de conocimiento de la Corte están constituidos exclusivamente por los hechos y derechos discutidos ante la [Comisión] y recogidos en sus informes". De este modo, argumentó que "nada se dijo sobre presuntas violaciones específicas a la igualdad ante la ley, falta de normativa interna o […] sobre la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales", sino que únicamente se hizo mención a situaciones presuntamente contextuales. Según el Ecuador, es por ello que la Comisión no declaró en su Informe de Fondo la supuesta violación de los artículos 2, 24 y 26 de la Convención Americana, y consideró que sería improcedente un análisis de fondo de derechos correlativos "que no fueron parte del marco fáctico del origen del caso". En virtud de ello, solicitó que la Corte no conozca sobre la presunta violación de dichos artículos, fundamentándose en la imposibilidad de cambiar la base fáctica y los derechos discutidos en el Informe de Fondo.

35. Los ***representantes*** consideraron que el derecho a la educación fue claramente mencionado en los párrafos 43 y 188 del Informe de Fondo, así como en el análisis del artículo 19, donde consta que a la presunta víctima se le impidió estudiar en la escuela primaria debido a su enfermedad. Del mismo modo, resaltaron que dentro del expediente ante la Comisión, remitido a la Corte junto con el sometimiento del caso, se presentó la acción de amparo constitucional que presuntamente negó la tutela efectiva a la educación de Talía Gonzales Lluy. Asimismo, señalaron que las presuntas víctimas gozan de plena autonomía para invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre que se atengan a los hechos contenidos en el mismo; por lo que la nueva alegación de derechos presuntamente violados "se encuadra en los requisitos establecidos por la Corte […] y, por tanto, deberían ser admitidos".

36. La ***Comisión*** resaltó que los argumentos del Estado tienen el carácter de controversia de fondo, por lo que no constituyen, como tales, una objeción de la admisibilidad del caso o de la competencia del Tribunal para conocerlo que tuviese el carácter de excepción preliminar. Señaló que los hechos referentes al derecho a la educación y a la discriminación y denegación de justicia se encuentran comprendidos dentro del marco fáctico del Informe de Fondo, donde se hace referencia explícita a la presunta discriminación sufrida por Talía Gonzales Lluy en diversos aspectos, incluyendo el educativo. Asimismo, notó que el Estado "no dio respuesta alguna durante toda la etapa de fondo" del caso ante la Comisión, lo que constituyó "un factor limitante" para la construcción del marco fáctico. Además, resaltó que ante la Corte existe información más detallada, existiendo los elementos necesarios para pronunciarse sobre la eventual violación del derecho a la educación.

*Consideraciones de la Corte*

37. Este Tribunal reitera que el marco fáctico del proceso ante la Corte se encuentra constituido por los hechos contenidos en el Informe de Fondo sometido a su consideración. En consecuencia, no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos a los contenidos en dicho informe, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y hayan sido sometidos a

consideración de la Corte[27]. La excepción a este principio son los hechos calificados como supervinientes o cuando se tenga conocimiento de hechos o acceso a las pruebas sobre los mismos con posterioridad, siempre que se encuentren ligados a los hechos del proceso[28]. Asimismo, las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el Informe de Fondo, siempre y cuando se atengan a los hechos contenidos en dicho documento, en tanto son las presuntas víctimas las titulares de todos los derechos consagrados en la Convención. Corresponde a este Tribunal decidir en cada caso acerca de la procedencia de alegatos relativos al marco fáctico en resguardo del equilibrio procesal de las partes[29].

38. Si bien los hechos del Informe de Fondo sometidos a consideración de la Corte constituyen el marco fáctico del proceso ante este Tribunal[30], éste no se encuentra limitado por la valoración probatoria y la calificación de los hechos que realiza la Comisión en el ejercicio de sus atribuciones[31]. Corresponde a la Corte en cada caso realizar su propia determinación de los hechos del caso, valorando la prueba ofrecida por la Comisión y las partes y la solicitada para mejor resolver, respetando el derecho de defensa de las partes y el objeto de la *litis*[32]. En este sentido, la Corte constata que la Comisión hizo referencia expresa, en el acápite de hechos probados del Informe de Fondo, a la presunta discriminación y a que a Talía se le habría impedido estudiar en la escuela primaria debido a su enfermedad; así como a la supuesta discriminación que habría sufrido su núcleo familiar[33]. Asimismo, en las consideraciones hechas por la Comisión respecto al derecho a la integridad personal y a la vida digna de Talía con posterioridad al contagio, la Comisión manifestó que su situación "ha generado una grave afectación que se extiende [...] al ejercicio de su derecho a la educación" y la expuso a "una situación de discriminación en diversos niveles". Finalmente, en las recomendaciones del Informe de Fondo, recomendó proveer, en consulta con Talía, "la educación primaria, superior y universitaria"[34].

39. En virtud de ello, la Corte nota que los argumentos de los representantes respecto de los artículos 2, 24 y 26 de la Convención Americana se encuentran alegados con base en hechos que forman parte del marco fáctico presentado por la Comisión, y atañen a consideraciones de derecho y no a nuevos hechos, por lo que no se trata de una cuestión de admisibilidad o competencia del Tribunal que deba ser resuelta de forma preliminar[35].

---

[27] *Cfr. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 47.

[28] *Cfr. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 47.

[29] *Cfr. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 47.

[30] *Cfr. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 34, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 48.

[31] *Cfr. Inter alia, Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párrs. 153 a 161, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 48.

[32] *Cfr. Inter alia, Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 19, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 48.

[33] *Cfr.* Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, párrs. 43 y 44.

[34] *Cfr.* Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, párrs. 188, 192 y 222.

[35] *Cfr. Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, párr. 17.

### *B. Sobre la determinación de las presuntas víctimas en el presente caso*

*Argumentos de la Comisión y las partes*

40. El ***Estado*** manifestó que la Comisión, en las recomendaciones hechas en sus Informes de Admisibilidad y Fondo, estableció que el Estado debía reparar únicamente a Talía Gonzales Lluy y a su madre. Según el Estado, esto implica que "no se pueda introducir a personas no señaladas como beneficiarias de una eventual reparación". En consecuencia solicitó que la Corte rechace "las inclusiones realizadas por las presuntas víctimas" posteriormente.

41. Los ***representantes*** alegaron que Iván Lluy fue señalado como presunta víctima en los párrafos 3, 220 y 221 del Informe de Fondo, siendo "evidente el espíritu del Informe" de incluír a Iván Lluy como presunta víctima. Además, argumentaron que la Corte ha sido clara en manifestar que las víctimas pueden ser también los familiares, porque sufren las consecuencias de las violaciones a los derechos, y consideraron que Iván Lluy tuvo que convertirse en trabajador infantil para ayudar a su madre y conseguir lo necesario para las necesidades de su hermana y que también sufrió las consecuencias de la discriminación y daños emocionales. Finalmente, señalaron que las presuntas víctimas tienen el derecho de presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas de forma autónoma de conformidad con el artículo 23 del Reglamento de la Corte, y que en ejercicio de esa autonomía consideraron que todos los miembros de la familia Lluy son presuntas víctimas en este caso.

42. La ***Comisión*** hizo referencia a los párrafos 196, 220 y 221 del Informe de Fondo, en los cuales se hizo mención expresa a que las presuntas víctimas del presente caso son Talía Gonzales Lluy, Teresa Lluy e Iván Lluy. Asimismo, en el transcurso de la audiencia pública, la Comisión resaltó que la no inclusión de Iván Lluy dentro de las recomendaciones del Informe de Fondo se debió a un "error material".

*Consideraciones de la Corte*

43. Respecto de la solicitud del Estado de excluir a Iván Lluy como posible beneficiario de una eventual reparación por no haber sido mencionado dentro del acápite de recomendaciones del Informe de Fondo, la Corte nota que la Comisión hizo mención expresa de éste a lo largo del Informe de Fondo y en sus conclusiones respecto a la alegada violación de los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de este instrumento. Por ello, la Corte estima que Iván Lluy fue identificado como presunta víctima en el Informe de Fondo de la Comisión, en concordancia con lo establecido en el artículo 50 de la Convención y el artículo 35.1 del Reglamento de la Corte. En consecuencia, corresponderá a este Tribunal pronunciarse respecto de las presuntas violaciones a los derechos humanos de esta presunta víctima y a las reparaciones solicitadas por la Comisión y los representantes en su beneficio.

## VI
## ALEGADO RECONOCIMIENTO DE UN HECHO

44. El ***Estado*** en la audiencia pública hizo un "reconocimiento […] de un hecho específico" "que en la época en la que ocurrieron los lamentables hechos que configuraron el caso, no debió haber delegado a un ente privado las funciones rectoras en el sistema nacional de sangre" y que "el Estado ahora cuenta con normas técnicas bajo el estándar internacional". Asimismo, indicó que se trata del "reconocimiento de un hecho específico muy puntual que tiene una dimensión muy concreta" y solicitó que la Corte interprete dicho reconocimiento con el auxilio de "herramientas hermeneuticas de ponderación, contexto preciso y buena fe", "apreciando la voluntad y compromiso del Estado con la justicia de

derechos humanos que promueve el Tribunal". Además, presentó propuestas de reparación en caso de que la Corte declarase la responsabilidad estatal[36].

45. Durante la audiencia pública, ante preguntas de los Jueces respecto a si esta declaración constituía un reconocimiento de responsabilidad internacional por la violación de derechos, el Estado expresó que "lo que ha hecho es un reconocimiento de acuerdo al artículo 62 de un hecho, y el hecho concreto es que no debió haber delegado a un ente privado las funciones rectoras en el sistema nacional de sangre". Se trata entonces de un "reconocimiento de ese hecho y no hay, no existe allanamiento en artículos, es un reconocimiento de un hecho que abarcaría un reconocimiento de una situación específica". Agregó que, "en base a este reconocimiento", el Estado está ofreciendo a la presunta víctima víctima "una vida digna, la salud, la educación, las disculpas públicas, es un reconocimiento de un hecho específico, el haber delegado la responsabilidad a una institución privada como era la Cruz Roja".

46. La Corte solicitó al Estado que en sus alegatos finales aclarara el alcance del reconocimiento efectuado. El Estado respondió a este requerimiento remitiéndose a lo que expresamente señaló en la audiencia pública (*supra* párr. 42).

47. La ***Comisión*** señaló que las declaraciones del Estado "no constituyen un reconocimiento ni de hechos ni de pretensiones en los términos del artículo 62 del Reglamento de la Corte". Sin embargo, valoró positivamente el ofrecimiento de una vivienda a la presunta víctima, pero observó que las demás propuestas de reparación formuladas por el Estado se realizaron "de manera condicionada" a la eventualidad de que la Corte declarase la responsabilidad del Estado. Por ello, reafirmó que las declaraciones estatales no constituyen un reconocimiento de responsabilidad.

48. Los ***representantes*** alegaron que el Estado no se refirió al alcance del reconocimiento, ni a lo que implicó el hecho en "el contagio a una niña con VIH ni para los derechos [presuntamente] violados". Respecto del ofrecimiento de reparaciones, señalaron que las mismas se refieren únicamente al reconocimiento del hecho y no a las otras presuntas violaciones de derechos dentro del presente caso.

*Consideraciones de la Corte*

49. De conformidad con los artículos 62[37] y 64[38] del Reglamento y en ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de derechos humanos, cuestión de orden público

---

[36] El Estado manifestó que "formalizará la entrega de una vivienda digna en la provincia de Azuay para garantizar el derecho a la vida" de Talía Gonzales, y señaló que, en caso de que la Corte declarase la responsabilidad del Estado, el Ministerio de Salud Pública continuará con el Protocolo Integral de Salud e implementará el manejo ambulatorio del mismo, con acceso al tratamiento antirretroviral necesario y otorgamiento de apoyo psicológico y asistencia social a Talía y a su madre en la red pública de salud. Asimismo, en el supuesto en que la Corte declarase la responsabilidad, la Ministra de Salud realizaría una disculpa pública a Talía y a su madre en relación al hecho específico reconocido por el Estado; e indicó que por su desempeño académico Talía podría ser candidata a una beca de excelencia.

[37] Artículo 62. Reconocimiento

Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos.

[38] Artículo 64. Prosecución del examen del caso

internacional que trasciende la voluntad de las partes, incumbe a este Tribunal velar porque los actos de allanamiento resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano. En esta tarea no se limita únicamente a constatar, registrar o tomar nota del reconocimiento efectuado por el Estado, o a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes[39], de manera tal que pueda precisar, en cuanto sea posible y en el ejercicio de su competencia, la verdad de lo acontecido[40]. En tal sentido, el reconocimiento no puede tener por consecuencia limitar, directa o indirectamente, el ejercicio de las facultades de la Corte de conocer el caso que le ha sido sometido[41] y decidir si, al respecto, hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención[42]. Este Tribunal advierte que el reconocimiento de hechos y violaciones puntuales y específicos puede tener efectos y consecuencias en el análisis que haga la Corte sobre los demás hechos y violaciones alegados en un mismo caso, en la medida en que todos forman parte de un mismo conjunto de circunstancias[43].

50. En el presente caso, de lo afirmado por el Estado se desprende que éste no ha vinculado su presunta responsabilidad a la transgresión de normas específicas. La Corte constata que el Ecuador reconoció un aspecto del caso que no estaba siendo controvertido, aunque ello tendrá diversas implicaciones en aspectos asociados a la determinación de los hechos y del fondo del presente caso. En consecuencia, la Corte tendrá en cuenta el reconocimiento efectuado por el Estado, en lo que corresponda, al analizar en los capítulos correspondientes a los aspectos sustantivos o de fondo sobre las alegadas violaciones a derechos humanos[44], de conformidad con la Convención Americana y tomando en cuenta lo señalado por el Ecuador en la audiencia pública y en su escrito de alegatos finales.

## VII
## PRUEBA

### *A. Prueba documental, testimonial y pericial*

---

La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes.

39 *Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 24, y *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, párr. 21.

40 *Cfr. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, párr. 17, y *Caso Gutiérrez y Familia Vs. Argentina*, párr. 21.

41 El artículo 62.3 de la Convención establece: La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

42 El artículo 63.1 de la Convención establece: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

43 *Cfr. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 27.

44 En similar sentido ver lo ocurrido en el *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 24.

51. Este Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión y las partes, adjuntos a sus escritos principales (*supra* párrs. 3, 6 y 7). De igual forma, la Corte recibió de las partes documentos solicitados por este Tribunal como prueba para mejor resolver, de conformidad con el artículo 58 del Reglamento. Además, la Corte recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público *(afidávit)* por las presuntas víctimas Teresa Lluy e Ivan Mauricio Lluy, propuestos por los representantes; las testigos Clara Vinueza y María Soledad Salinas, propuestas por los representantes, y los peritos Sonia Nivelo Cabrera, Fernanda Solis, Farith Simon, Daniela Salazar, Diana Milena Murcia, Claudia Storini y Marcelo Pazmiño, propuestos por los representantes; Paul Hunt y Alejandro Morlachetti, propuestos por la Comisión Interamericana, y John Antón, Gustavo Medinaceli, Antonio Salamanca Serrano, Roxana Arroyo, Stephanie León, Juan Montaña, Nilda Estela Villacrés, María Jerovi Naranjo, Diana Molina, Carmen Carrasco, Juan Bernardo Sánchez, Aimée Dubois Sánchez, Jimmy Tandazo, Carolina Zevallos, Pablo Alarcón Peña, Pamela Juliana Aguirre y Carlos Delgado, propuestos por el Estado[45]. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de la presunta víctima Talía Gonzales Lluy, propuesta por los representantes, y los peritos Christian Courtis, Julio César Trujillo y Diego Zalamea propuestos por la Comisión, los representantes y el Estado, respectivamente.

### *B. Admisión de la prueba*

#### *B.1) Admisión de la prueba documental*

52. Este Tribunal admite los documentos presentados en la debida oportunidad procesal por las partes y la Comisión, y cuya admisiblidad no fue controvertida ni objetada[46]. Los documentos solicitados por la Corte que fueron aportados por las partes con posterioridad a la audiencia pública son incorporados al acervo probatorio en aplicación del artículo 58 del Reglamento.

53. Respecto a algunos documentos señalados por medio de enlaces electrónicos, la Corte ha establecido que, si una parte o la Comisión proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a éste, no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal porque es inmediatamente localizable por la Corte y por las otras partes[47] y se encuentra localizable hasta el momento de la emisión de la Sentencia.

54. Asimismo, respecto al documento presentado por la Comisión el 8 de mayo de 2014 referente a un informe del Estado remitido a la Comisión Interamericana sobre la implementación del Informe de Fondo de 14 de abril de 2014, la Corte constata que el mismo fue emitido con posterioridad al sometimiento del caso ante este Tribunal. Por tanto, dicho documento se admite de conformidad con el artículo 57.2 del Reglamento y teniendo en cuenta su utilidad para resolver algunos aspectos del presente caso.

55. Por otro lado, el Estado y los representantes presentaron determinada documentación como anexos a sus alegatos finales escritos. Algunos de dichos anexos se relacionan con las

---

[45] El Estado declinó presentar las declaraciones de los peritos Raúl Vallejo, Sebastián González, Blanca Susana Aguilar y María Elena Béjar.

[46] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 140, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 113.

[47] *Cfr. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 58.

respuestas a preguntas formuladas por los jueces durante la audiencia pública. Las partes y la Comisión tuvieron la posibilidad de presentar sus observaciones sobre dicha información y documentación. De conformidad con el artículo 58.a del Reglamento, la Corte estima procedente admitir los documentos aportados por las partes junto con sus alegatos finales escritos, en la medida en que pueden resultar útiles para la resolución del presente caso.

56. En sus observaciones a los alegatos finales, los representantes realizaron determinadas observaciones sobre la prueba aportada por el Estado. Alegaron que la prueba presentada respecto de la "[a]creditación internacional de los [h]ospitales de Cuenca y Azogues - Ecuador Mayo 2015" fue remitida extemporáneamente, y no contesta a pregunta alguna de la Corte. Además, indicaron que la misma no es oportuna ni pertinente, por lo que debe ser desechada. Asimismo, solicitaron se rechace la prueba correspondiente a la "[r]ed de hospitales a nivel nacional Ministerio de Salud Pública", a las "[p]rioridades de investigación de salud 2013-2014", al "[c]onvenio de la red pública de salud", al "[a]cuerdo 3557-14 junio 2013- bioética Creación CNBS" y al "[a]nuario presupuestario 2008-2013" por haber sido presentada de forma inoportuna y ser impertinente al caso. Por su parte, el Estado presentó algunas consideraciones respecto a las observaciones realizadas por los representantes sobre la prueba aportada junto con los alegatos finales escritos, y estimó que éstos "presenta[ron] nuevos alegatos que contienen afirmaciones nuevas". En virtud de ello, el Estado solicitó que se excluya del conocimiento de la Corte el documento presentado por los representantes el 1 de junio de 2015.

57. Al respecto, la Corte nota que los documentos correspondientes a la acreditación internacional de los hospitales de Cuenca y Azogues, así como al Convenio de la Red Pública de Salud son de fecha posterior a la presentación del escrito de contestación del Estado, por lo cual estima procedente su admisión conforme al artículo 57.2 del Reglamento. Sin embargo, en relación con los documentos referentes a: i) la red de hospitales a nivel nacional, ii) las prioridades de investigación de salud 2013-2014, iii) el acuerdo 3557-14, y iv) el anuario presupuestario 2008-2013; la Corte observa que fueron presentados por el Estado sin ofrecer justificación alguna con respecto a su remisión posterior al escrito de contestación y no se encuentran directamente relacionados a las preguntas para mejor resolver hechas por este Tribunal. En consecuencia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 57.2 del Reglamento, la Corte estima que estos documentos son extemporáneos, pues el Estado pudo tener conocimiento de los mismos antes de presentar la contestación, por lo que no serán considerados por el Tribunal en su decisión.

58. Respecto de la solicitud realizada por el Estado de excluir ciertos alegatos de los representantes, la Corte constata que, en sentido amplio, el escrito presentado por éstos contiene sus observaciones respecto de las respuestas a las preguntas formuladas por este Tribunal, las cuales cobijaron gran parte de las controversias existentes en el presente caso. En consecuencia, la Corte estima procedente la admisión del escrito presentado por los representantes.

*B.2) Admisión de la prueba testimonial y pericial*

59. La Corte estima pertinente admitir las declaraciones de las presuntas víctimas, los testigos y los dictámenes periciales rendidos en la audiencia pública y ante fedatario público, en cuanto se ajusten al objeto que fue definido por el Presidente en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos (*supra* párr. 10) y al objeto del presente caso.

*B.2.1) Observaciones presentadas por el Estado respecto de ciertas declaraciones rendidas ante fedatario público*

60. El ***Estado*** realizó diversas observaciones respecto de las declaraciones rendidas por los peritos propuestos por la Comisión y los representantes. Con relación al peritaje de Paul Hunt, manifestó que el mismo omite referirse al grado de desarrollo normativo y de políticas públicas alcanzado por el Ecuador con relación al derecho a la salud y especialmente para personas con enfermedades catastróficas. Respecto al perito Alejandro Morlachetti, señaló que éste "parece desconocer asuntos vinculados con la experiencia de política pública en materia de […] salud del Ecuador" y responde de forma evasiva al Plan Estratégico Multisectorial del Ecuador. Asimismo, alegó que el experto se negó a explicar la inclusión y salvaguarda de la noción de reconocimiento de niños y adolescentes dentro de la categoría jurídica de protección de ciudadanía. En el caso de Farith Simon, el Estado manifestó que en su declaración se incluyó una referencia respecto al Comité de Derechos del Niño en 2010 "que nada tiene que ver con el objeto de la pericia y debe ser desechada por ajeno al mandato otorgado por la Corte", ya que dicha referencia deviene en un contexto que no correspondía al objeto del peritaje. En cuanto al peritaje de María Fernanda Solíz el Estado rechazó que se efectuaran juicios de valor sobre la situación de las personas con VIH, así como las afirmaciones señalando "que es condenable que el Estado haya administrado con criterio mercantilista el manejo de los [b]ancos de [s]angre".

61. En el caso de Diana Murcia el Estado manifestó que "utilizó criterios políticos-mediáticos y no técnicos-jurídicos" para defender una tesis que "resulta sesgada y alejada de la realidad". Respecto a Claudia Storini, indicó que una parte del peritaje desvía su objeto principal, al hacer referencia a dos procesos particulares no relacionados con el caso. En cuanto al peritaje de Marcelo Pazmiño, el Estado alegó que la muestra tomada para la realización del análisis de la indemnización por daño moral es "insignificante" y "deja entrever una posición alejada del criterio de objetividad y neutralidad", alejándose del objeto del examen pericial. En cuanto al peritaje de Daniela Salazar, objetó que trata de expandir el marco de aplicación y obligatoriedad de algunos documentos internacionales de derechos humanos; y manifestó que el contenido del informe "a partir del párrafo 28, vulnera el ejercicio de la actividad pericial, al contravenir […] el deber de neutralidad" y al determinar las presuntas obligaciones que serían incumplidas por el Estado. Por ello, impugnó el documento en su integralidad.

62. Con respecto a las observaciones del Estado, este Tribunal considera que lo planteado tiene relación con el peso y alcance probatorio de las declaraciones rendidas, pero no afecta la admisibilidad de las mismas[48], por lo que la Corte tendrá en cuenta dichas observaciones al valorar la prueba en el fondo del presente caso[49].

### *C. Valoración de la prueba*

63. Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 48, 50, 51, 57 y 58 del Reglamento, así como en su jurisprudencia constante respecto de la prueba y su apreciación[50], la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión, las declaraciones, testimonios y dictámenes periciales, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas e incorporadas por este Tribunal al establecer los hechos del caso y pronunciarse sobre el fondo. Para ello se sujeta a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente, teniendo en cuenta

---

[48] *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, párr. 69

[49] *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 72

[50] *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrs. 69 a 76, y *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, párr. 28.

el conjunto del acervo probatorio y lo alegado en la causa[51]. Asimismo, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, las declaraciones rendidas por las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias[52].

## VIII
## HECHOS

64. El presente caso hace referencia a Talía Gabriela Gonzales Lluy y su familia. Talía nació el 8 de enero de 1995 en el cantón de Cuenca, provincia del Azuay, Ecuador. Su madre es Teresa Lluy, su padre es SGO y su hermano es Iván Lluy. Ni su padre, ni su madre ni su hermano son personas con VIH[53]. Talía nació y vive con su madre y su hermano en el cantón de Cuenca, provincia del Azuay, en el Ecuador. Cuando tenía tres años de edad, fue contagiada con el virus del VIH al recibir una transfusión de sangre, proveniente de un Banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica de salud privada.

65. La Organización Mundial de la Salud (en adelante "la OMS") ha señalado que "el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) infecta a las células del sistema inmunitario, alterando o anulando su función. La infección produce un deterioro progresivo del sistema inmunitario, con la consiguiente 'inmunodeficiencia'". Se considera que "el sistema inmunitario es deficiente cuando deja de poder cumplir su función de lucha contra las infecciones y enfermedades. El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) es un término que se aplica a los estados más avanzados de la infección por VIH y se define por la presencia de alguna de las más de 20 infecciones oportunistas o de cánceres relacionados con el VIH"[54]. Las Naciones Unidas han reconocido que "el VIH y el SIDA constituyen una emergencia mundial, plantean uno de los retos más formidables para el desarrollo, el progreso y la estabilidad de cada una de nuestras sociedades y del mundo en su conjunto y requieren una respuesta mundial, amplia y excepcional que tengan en cuenta que la propagación del VIH suele ser consecuencia y causa de la pobreza."[55]

66. La Corte describirá a continuación los hechos que han sido probados, en el siguiente orden: A) la regulación de la Cruz Roja y los bancos de sangre en el Ecuador; B) la situación de salud de Talía, su hospitalización y la transfusión de sangre del 22 de junio de 1998; C) el

---

[51] *Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala*, párr. 76, y *Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú*, párr. 28.

[52] *Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 43, y *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 49.

[53] Resultados de pruebas de VIH a la madre, hermano y padre de Talía Gonzales Lluy de 23 de octubre y de 24 de noviembre de 1998 entregadas al Juez Cuarto de lo Penal de 14 de diciembre de 1998 (expediente de prueba, folios 46 a 48).

[54] http://www.who.int/topics/hiv_aids/es/ ONUSIDA ha señalado que el VIH es "un retrovirus que infecta las células del sistema inmunitario (principalmente las células T CD4 positivas y los macrófagos, componentes clave del sistema inmunitario celular) y destruye o daña su funcionamiento"; y que "las personas inmunodeficientes son más vulnerables a diversas infecciones, la mayoría de las cuales es poco común entre personas sin inmunodeficiencia". http://data.unaids.org/pub/factsheet/2008/20080519_fastfacts_hiv_es.pdf.

[55] Naciones Unidas, Asamblea General, "Declaración Política sobre el VIH y el SIDA: intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH, y el SIDA, A/65/L.77, 8 de junio de 2011 (en adelante Resolución ONU VIH/SIDA 2011), en http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/document/2011/06/20110610_UN_A-RES-65-277_es.pdf (visita 25 de abril de 2014), párr. 7.

contagio de VIH a Talía; D) la acción penal; E) la acción civil; y F) las afectaciones en la educación de Talía derivadas del contagio.

### *A. La regulación de la Cruz Roja y los bancos de sangre en el Ecuador*

67. El 14 de noviembre de 1910 el gobierno del Ecuador reconoció legalmente a la institución de la Cruz Roja en ese país, mediante el Decreto Legislativo publicado en el registro oficial No. 1392, en el cual se indica en su artículo primero: "Declárese a la Cruz Roja del Ecuador, Institución de Beneficencia y utilidad pública, concediéndole la exoneración del pago de todo impuesto fiscal o Municipal"[56].

68. En agosto de 1922 se dictaron los primeros estatutos de la Cruz Roja Ecuatoriana, lo que sirvió para su reconocimiento internacional por parte de la Liga de Sociedades de la Cruz Roja (Actual Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja) en 1923[57]. En dichos estatutos se indica:

> Art. 1.- Las bases sobre las que se encuentra constituida la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Ecuatoriana son las siguientes:
>
> PRIMERA[58].- La Cruz Roja Ecuatoriana es reconocida por el Gobierno de Ecuador, como sociedad de socorro voluntaria, auxiliar de los poderes públicos en el ámbito humanitario, de acuerdo con lo estipulado en los Convenios de Ginebra de 1949 y como única sociedad de Cruz Roja en el Ecuador.
>
> SEGUNDA.- La Sociedad Nacional de la Cruz Roja Ecuatoriana se regula por la Ley que la constituyó, por los convenios y tratados internacionales legítimamente aprobados por el Ecuador y por estos Estatutos. Es una institución de derecho privado, sin fines de lucro y con personería jurídica propia. La representación legal, judicial y extrajudicial, en el ámbito nacional, la ejerce el Presidente Nacional; y en el ámbito provincial la ejercerá el Presidente Provincial. Se rige de acuerdo con las disposiciones del Título XXX del Libro Primero de la Codificación del Código Civil[59].

69. El Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay labora desde 1951. Las actividades que realiza el Banco de Sangre incluyen la tipificación sanguínea, pruebas serológicas, fraccionamiento de sangre, toma de muestras de sangre para pruebas de ADN y administración de sangre dada por donantes[60].

---

[56] Ver Reseña Histórica de la Cruz Roja en el Ecuador. disponible en: http://www.cruzroja.org.ec/index.php/quienes-somos/resena-historica.

[57] Ver Reseña Histórica de la Cruz Roja en el Ecuador. Oficialización de Cruz Roja Ecuatoriana, disponible en: http://www.cruzroja.org.ec/plantilla_texto.php?id_submenu1=2&id_menu=2.

[58] La Cruz Roja Ecuatoriana está constituida por órganos nacionales y Juntas Provinciales, Cantonales y Parroquiales conforme a las resoluciones de la Conferencia Internacional de Ginebra de 1864 y a los Principios de la Convención de Ginebra de 1906.

[59] La Comisión Interamericana citó como fuente para determinar este hecho la dirección electrónica http://www.cruzroja.org.ec/plantilla_texto.php?id_submenu1=2&id_menu=2 Este hecho no ha sido controvertido por las partes. Sin perjuicio de ello, la Corte constata que dicha dirección electrónica no se encuentra disponible al momento de emitir la presente Sentencia. Al respecto, la Corte constata que en la dirección electrónica http://www.gazzettaamministrativa.it/opencms/export/sites/default/_gazzetta_amministrativa/amministrazione_trasparente/_agenzie_enti_stato/_croce_rossa_iTalíana/090_prov/010_pro_org_ind_pol/2013/Documenti_1383666871662/1383666873832_accordo_con_croce_rossa_ecuador.pdf es posible acceder a un convenio marco de cooperación intersintitucional donde se alude a los estatutos de la Cruz Roja Ecuatoriana y su carácter de corporación de derecho privado regulada por el Código Civil.

[60] Ver Cruz Roja ecuatoriana Junta provincial del Azuay. Banco de Sangre de la Cruz Roja. http://www.cruzrojazuay.org/#!banco-de-sangre/cyjt.

70. El Código de la Salud del Ecuador del año 1971[61], vigente al momento de los hechos del presente caso, no contaba con regulaciones específicas sobre el funcionamiento de los bancos de sangre. En términos generales, el Código de la Salud de 1971 establecía lo siguiente respecto a las entidades de salud:

> Art. 168.- La autoridad de salud establecerá las normas y los requisitos que deben cumplir los establecimientos de atención médica, y los inspeccionará y evaluará periódicamente.
>
> Art. 169.- Los establecimientos de atención médica, someterán a la aprobación de la autoridad de salud sus programas anuales y sus reglamentos.

71. Mediante Acuerdo Ministerial 8664 de 1987 se estableció que "todos los [b]ancos de [s]angre del país, efectuarán pruebas de anticuerpo VIH (Inmunodeficiencia Humana) obligatoriamente en todas las Unidades de Sangre y sus derivados" [62]. Posteriormente, en 1992 se adoptó el Reglamento Nacional de Aprovisionamiento y Utilización de Sangre y sus Derivados[63]. Este Reglamento contemplaba a la Secretaría Nacional de Sangre como órgano auxiliar de la Cruz Roja y estableció que esta Secretaría tenía entre sus funciones la de "supervisar el funcionamiento, distribución y aprovisionamiento interno o externo de la sangre humana o sus derivados, cuando el caso lo requiera". En términos de sanciones, el artículo 24 de este reglamento disponía que en caso de incumplimiento o inobservancia de las disposiciones reglamentarias y manuales operativos, la Secretaría Nacional de Sangre llamará la atención al organismo operativo, o elevará el caso al Comité Nacional de Sangre que a su vez podrá solicitar a la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud Pública "amoneste al respectivo organismo operativo".

72. En 1998, se emitió el Manual de Normas para los Bancos, Depósitos de Sangre, y Servicios Transfusionales[64]. En este Manual (artículo 5.1.c) se dispuso que "a todas las unidades de sangre y componentes, previamente a su uso en transfusión alogénica, se les deberán practicar obligatoriamente", entre otras, la prueba del VIH. Según el contexto normativo vigente en 1998, el Estado estableció el marco legal bajo el cual debían funcionar los bancos de sangre para la colecta de sangre, realizar el tamizaje serológico y su disposición final para garantizar que la seguridad de la sangre y sus componentes sanguíneos a fin de evitar la transmisión de infecciones mediante la transfusión.

73. La Constitución Política de 1998, en el numeral 15 del artículo 22, establecía que "el Estado formulará la política nacional de salud y determinará su aplicación en los servicios de salud, tanto públicos como privados. La Ley determinará, en último caso el órgano de control y supervigilancia de las empresas que se dediquen a los servicios de salud privados"[65].

---

[61] Código de Salud del Ecuador (expediente de prueba, folios 2643 a 2658).

[62] Registro Oficial No. 794. Reglamento 8001. Acuerdo de obligatoriedad de realización de pruebas de VIH en todas las unidades de sangre y derivados de 20 de Octubre de 1987. (expediente de prueba, folios 2680 a 2704.

[63] Registro Oficial No. 882. Reglamento del Sistema Nacional de Aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados de 25 de Febrero de 1992. (expediente de prueba, folios 2713 a 2716). Según este Reglamento, la Cruz Roja Ecuatoriana, organismo director y regulador del Sistema Nacional de Aprovisionamiento de Sangre y sus Derivados, tenía como órganos auxiliares los siguientes: Comité Nacional de Sangre, Secretaría Nacional de Sangre, Bancos de Sangre y Depósitos de Sangre y en relación a los bancos de sangre, éstos son los responsables del registro, obtención, donación, conservación, procesamiento, distribución y suministro de sangre humana y sus derivados.

[64] Manual de normas para bancos, dpositos de sangre y servivios de tranfusiones de 31 de agosto de 1998. (expediente de prueba, folios 2730 a 2759). Prueba para mejor resolver que llegó el 21 de julio de 2015.

[65] Constitución Política de la República del Ecuador de 11 de agosto de 1998, artículo 22, numeral 15.

74. En 1998, regía la Ley de aprovisionamiento y utilización de sangres y sus derivados, vigente desde 1986 y que sería reformada en el año 1992. Esta ley determinaba que la Cruz Roja tenía competencia exclusiva para administrar los bancos de sangre y que, incluso, el Ministerio de Salud Pública, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Fuerzas Armadas administrarán los bancos y depósitos de sangre "bajo control reglamentario y la coordinación de la Cruz Roja Ecuatoriana"[66]. También se encontraba vigente la Ley de donantes voluntarios de sangre, adoptada en 1984[67].

### *B. La situación de salud de Talía, su hospitalización y la transfusión de sangre del 22 de junio de 1998[68]*

75. El 20 de junio de 1998, cuando tenía 3 años de edad, Talía presentó una hemorragia nasal que no se detenía y fue llevada por su madre al hospital Universitario Católico, institución privada de salud ubicada en el Azuay, Cuenca. Talía estuvo internada durante dos días en el hospital Universitario y, posteriormente, fue llevada por su madre a la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo (en adelante "Clínica Humanitaria"), institución privada de salud ubicada en Cuenca. En la Clínica Humanitaria, Talía fue diagnosticada con púrpura trombocitopénica[69] por el doctor PMT, médico de la Cruz Roja[70], quien le confirmó a Teresa Lluy que Talía necesitaba urgentemente una transfusión de sangre y de plaquetas.

76. Con el fin de conseguir la sangre necesaria para efectuar la transfusión a Talía, Teresa Lluy acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay (en adelante "Banco de Sangre de la Cruz Roja") donde le indicaron que debía llevar donantes. Teresa Lluy solicitó entonces a algunos conocidos, entre ellos al señor HSA, que donaran.

77. El 22 de junio de 1998, el señor HSA acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja para donar su sangre. La señora MRR, auxiliar de enfermería del Banco de Sangre de la Cruz Roja, tomó las muestras de sangre al señor HSA y entregó las "pintas de sangre" a los familiares y conocidos de Talía. Más tarde, en horas de la noche la señora BRR, interna del Banco de Sangre de la Cruz Roja, entregó los concentrados de las plaquetas a dos amigas de Teresa

---

66 "El aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados en el Ecuador, será responsabilidad exclusiva de la Cruz Roja Ecuatoriana, institución que organizará para este efecto un sistema de bancos y depósitos de sangre, en las ciudades y servicios médicos que los requieran (…).El Ministerio de Salud Pública, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, las Fuerzas Armadas y la Junta de Beneficencia de Guayaquil, continuarán administrando los bancos y depósitos de sangre adscritos a sus organizaciones médicas, bajo el control reglamentario y la coordinación de la Cruz Roja Ecuatoriana. Registro Oficial No. 559. Ley de Aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados de Noviembre 7 de 1986 (expediente de prueba, folio 2661).

67 Registro Oficial No. 774. Reglamento 170. Ley de donantes voluntarios de sangre de Junio 29 de 1984.

68 El Estado no controvirtió los hechos relativos a la hospitalización y la transfusión de sangre a Talía. Estos hechos fueron, además, establecidos en el marco del proceso penal interno.

69 "La púrpura trombocitopénica inmunológica, también denominada púrpura trombocitopénica inmune o idiopática, es una enfermedad hemorrágica caracterizada por la destrucción prematura de plaquetas debido a la unión de un autoanticuerpo, habitualmente de la clase IgG, a las glucoproteínas plaquetarias y la posterior depuración por el sistema fagocítico mononuclear". Guía de Práctica Clínica, Diagnóstico y Tratamiento de Púrpura Trombocitopénica Inmunológica, México, Secretaría de Salud, 2009. Disponible en http://www.cenetec.salud.gob.mx/descargas/gpc/CatalogoMaestro/143_GPC_PURPURA_TROMBOCITOP/Imss_ER.pdf Este Tribunal estima que el referido documento es útil para el análisis del presente caso, por lo cual lo incorpora de oficio al acervo probatorio de conformidad con el artículo 58.a) de su Reglamento.

70 Sobre la condición médica de Talía al momento de ingresar a la Clínica Humanitaria, el médico PMT indicó que "presentaba un cuadro clínico caracterizado de hemorragias en diferentes sitios, tanto nasal como de piel y mucosas, al momento del examen como consecuencia de ello, presentaba una palidez extrema […] con sus signos vitales al punto de un colap[s]o […] el estado general de la niña, estaba sumamente comprometida y estuvo a punto de fallecer […]". Declaración de PMT de 30 de noviembre de 1998 ante el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay (expediente de prueba, folio 442).

Lluy. Debido a la urgencia, las transfusiones de sangre a Talía fueron realizadas el 22 de junio de 1998 y continuaron durante la madrugada del día siguiente por el personal de la Clínica Humanitaria.

78. El 23 de junio de 1998 la señora EOQ, bioquímica del Banco de Sangre de la Cruz Roja, efectuó por primera vez exámenes a la muestra de sangre de HSA, incluyendo el examen de VIH[71]. Talía estuvo hospitalizada en la Clínica Humanitaria hasta el día 29 de junio de 1998, cuando fue dada de alta.

### *C. El contagio de VIH a Talía[72]*

79. "[A]proximadamente quince días" después de haber donado la sangre a Talía, el señor HSA fue llamado "desde la Cruz Roja" para solicitarle que acudiera al Banco de Sangre de la Cruz Roja a fin de tomar otras muestras de su sangre, ya que "los frascos se habían regado". La señora MRR tomó nuevamente muestras de sangre a HSA. El señor HSA le preguntó a la señora MRR las razones por las cuales se necesitaba una nueva muestra y si había algún problema con su sangre, a lo que MRR respondió que no se preocupara, que "era para mantener la muestra en la Cruz Roja".

80. Una semana después, el señor HSA recibió una llamada por parte de la Cruz Roja para informarle que estaba contagiado con el virus del VIH. El 13 de agosto de 1998 el señor HSA se realizó otros exámenes que confirmaron que estaba infectado con VIH.

81. Talía fue dada de alta de la Clínica Humanitaria el 29 de junio de 1998 (*supra* párr. 78), no obstante se indicó que debía continuar con tratamiento en su domicilio por un lapso de seis meses, realizarse exámenes de sangre cada mes y seguir un control mensual con el doctor PMT. A los pocos días de haber sido dada de alta, Talía fue llevada por su madre al consultorio del doctor PMT, quien ordenó realizar un examen de sangre a Talía "para controlar su enfermedad". Luego de haber realizado dicho examen, el doctor PMT le manifestó a Teresa Lluy que "todo estaba normal".

82. El 22 de julio de 1998, la señora Teresa Lluy acudió nuevamente al consultorio del doctor PMT, quien le indicó que realizara a Talía otro examen de sangre "pero incluido el de [SIDA]". Atendiendo la indicación del doctor PMT, Teresa acudió a la Clínica Humanitaria para realizar el examen de sangre a Talía. En la Clínica Humanitaria la enviaron a los Laboratorios Leopoldo Izquieta Pérez y en dicho lugar le informaron que Talía "se encontraba con el virus del SIDA".

83. Teresa Lluy señaló en una declaración rendida dentro del proceso penal en Ecuador (*infra* párr. 90) que:

> "[…] los primeros días de Agosto, el Dr. A[…] de la Clínica Humanitaria le dijo que fuera al Instituto Izquieta Pérez para que habl[ara] con el Dr. V[…], quien le preguntó si había[n] ido a los Estados Unidos los padres de la niña o los donantes, indicándole que la sangre de la niña estaba fea y que regres[ara] cuando se t[uvieran] los resultados, que ha[bía]n mandado a Guayaquil. Que luego fue donde el Dr. [PMT] y ante [sus] preguntas […] le contestó: 'hágase a la idea de que la niña tiene SIDA por la transfusión de sangre, aclarando que nunca sale en los

---

[71] De acuerdo con el peritaje rendido ante el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay, PMT y MRR habrían informado de manera verbal a los peritos que los exámenes realizados como urgencias, después de las 18.00 horas no se registran en algún libro o cuaderno; pero sí se realizan por parte del personal de turno y son comprobados al día siguiente. Peritaje rendido por JPR y NVI ante el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay de 17 de agosto de 1999 (expediente de prueba, folio 97).

[72] Los hechos relativos al contagio no fueron controvertidos por el Estado.

> primeros días, sino en meses'. […] Que retornó donde el Dr. [PMT] y en la Cruz Roja este profesional viendo el examen dijo que sí est[aba] contagiada. Que posteriormente se enteró que [HSA] había tenido SIDA, por lo que regresó donde el Dr. [PMT] para preguntarle cuando se enteraron de esto y el doctor dijo que él personalmente le había hecho el examen al día siguiente que donó, o sea el 23 de junio y allí supo que el señor estaba con el SIDA. Que unos días después regresó por cuanto el Dr. [PMT] se había ofrecido seguirle atendiendo a la niña y le confesó que lo que ha pasado fue un error humano, fue sin querer, y que le iba a seguir atendiendo, dándole vacunas y los chequeos respectivos".

84. Al respecto, Iván Lluy declaró que el doctor PMT "[le]s dijo que él estaba dispuesto a brindarle las consultas necesarias a [Talía,] pero si denuncia[ban] ella perdería esta ayuda y sin atención no viviría más de 2 años".

85. El 28 de julio y el 13 de agosto de 1998, y el 15 de enero de 1999 se realizaron pruebas de sangre en las que se confirmó que Talía era una persona con VIH. Cuando se tuvo noticia de que la sangre de HSA tenía VIH, y que Talía había sido infectada con este virus al recibir una donación de su sangre, Teresa Lluy presentó varios recursos en instancias civiles y penales en el Ecuador.

### *D. La acción penal*

86. El 29 de septiembre de 1998, Teresa Lluy presentó una denuncia penal para "determinar los responsables de la transfusión sanguínea realizada a Talía que habría ocasionado el contagio de la menor con el virus VIH"[73].

87. El 19 de octubre de 1998 el Juzgado Cuarto de lo Penal de Azuay (en adelante "Juzgado Cuarto" o "Juzgado Cuarto de lo Penal") dictó "auto cabeza de proceso indagatorio", abriendo el proceso a trámite para "descubr[ir] a los responsables"[74]. En consecuencia, se ordenó el trámite del sumario determinando para tales efectos la realización de diligencias de recepción de testimonios y de reconocimiento del lugar de los hechos[75], así como otras investigaciones necesarias.

---

[73] *Cfr.* Denuncia presentada por Teresa Lluy ante el Juez de lo Penal de 29 de septiembre de 1998 (expediente de prueba, folio 382).

[74] Auto cabeza del proceso indagatorio emitido por el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay de 19 de octubre de 1998 (expediente de prueba, folio 385).

[75] Dentro de la causa penal promovida por Teresa Lluy, se llevaron a cabo tres diligencias de inspección al Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay. La primera de dichas diligencias se hizo el día 11 de diciembre de 1998 donde se observo la planta física y el libro de registros por parte de los peritos CCC y GCVR, acompañados del Juez Cuarto de lo Penal del Azuay y su secretaria. El día 18 de mayo de 2000 se llevó a cabo la segunda de las visitas al Banco de Sangre, esta vez fueron nombradas como peritos las señoras KA y MB quienes acompañadas del Juez Cuarto y su secretaria, inspeccionaron los archivos del Banco de Sangre. En la referida diligencia del 18 de mayo de 2000, se observó que cada donante tenía un código ingresado en la base de datos de la computadora, y que al señor HSA y otras cinco personas les correspondieron los números 43137, 43144, 43141, 43149, 43146 y 43142, respectivamente. En el acta de la diligencia se hizo notar que el donante 43137 tenía resultado positivo para VIH; y se dejó constancia de que "de lo observado se pudo constatar que no se realizó prueba alguna con fecha 22 de junio de 1998 a los donantes en cuestión, sino con fecha 23 de junio de 1999; además se observan borrones en las fechas en que se realizaron las pruebas, y también existen borrones en otras fechas". Se dejó constancia además de que EOQ manifestó que antes de diciembre de 1998, las donaciones recibidas pasadas las 6 pm y los fines de semana, no eran registradas. La última de las inspecciones se llevó a cabo el 22 de junio de 2001 por parte de los peritos RRC y GTS y el Juez Cuarto. En esta diligencia se concluyó que los métodos cualitativos que se utilizaban no eran confiables pues las pruebas debían ser sometidas a corroboración por métodos de referencia como "Western Blot y Micro – ELISA" que no estaban disponibles en la Cruz Roja. Acta de inspección en la sede de la Cruz Roja con la concurrencia del Juez Cuarto de lo penal del Azuay de 11 de diciembre de 1998 (expediente de prueba, folios 42 y 13); acta de inspección en la sede de la Cruz Roja con la concurrencia del Juez Cuarto de lo penal del Azuay de 18 de mayo de 2000 (expediente de prueba, folios 145 y 146), y acta de inspección en la sede de la Cruz Roja con la concurrencia del Juez Cuarto de lo Penal del Azuay de 22 de junio de 2001 (expediente de prueba, folios 221 y 222).

88. El 19 de octubre de 1998 acudió a declarar el médico PMT, Director del Banco de Sangre de la Cruz Roja, y quien diagnosticó a Talía en la Clínica Humanitaria ordenando la transfusión de dos pintas de sangre y plaquetas (*supra* párr. 75)[76]. Ese mismo día declaró también EOQ, bioquímica de la Cruz Roja, que efectuó las pruebas de VIH a la sangre de HSA el 23 de junio de 1998 (*supra* párr. 78)[77].

89. El 20 de octubre de 1998 declaró el señor HSA sobre lo sucedido el día en que donó sangre para Talía y cómo se enteró posteriormente que era portador de VIH[78].

90. El 15 de noviembre de 1998 acudió a declarar Teresa Lluy, quien narró lo sucedido entre los días 20 y 22 de junio de 1998, así como después de la transfusión de sangre a Talía y hasta el momento en que tuvo conocimiento de que Talía era una persona con VIH[79]. El 18 de noviembre de 1998 acudió a declarar nuevamente el señor HSA y agregó que cuando le informaron de su enfermedad, en la Cruz Roja le aseguraron que su sangre no había sido entregada para Talía[80].

91. El 14 de diciembre de 1998 acudió a declarar MRR, auxiliar de enfermería del Banco de Sangre de la Cruz Roja, quien tomó las muestras de sangre a los donantes el 22 de junio de 1998 y entregó la sangre[81].

92. El 14 de diciembre de 1998 Teresa Lluy presentó al Juzgado Cuarto tres resultados negativos de los análisis de VIH realizados a sí misma, al hermano y al padre de Talía; con el fin de demostrar que ninguno de los miembros de la familia tenía el virus del VIH[82]. Teresa Lluy también aportó un certificado de un examen ginecológico practicado a Talía, emitido el 27 de octubre de 1998, en el cual se indicaba que no se encontraban lesiones traumáticas recientes o antiguas en los genitales externos de Talía y que se apreciaba que "la membrana himeneal e[ra] de características normales"[83].

93. El 5 de julio de 1999 se designaron dos peritos del listado del Colegio de Médicos: los doctores JPR y NVI, a quienes se les solicitó que presentaran su informe en diez días[84]. Estos

---

[76] *Cfr.* Declaración de PMT ante el Investigador No. 30 de la Policía Nacional del Ecuador de 19 de octubre 1998 (expediente de prueba, folios 403 a 405).

[77] *Cfr.* Declaración de EOQ ante el Investigador No. 30 de la Policía Nacional del Ecuador de 19 de octubre de 1998 (expediente de prueba, folio 407).

[78] *Cfr.* Declaración de HSA ante el Investigador No. 30 de la Policía Nacional del Ecuador de 20 de octubre de 1998 (expediente de prueba, folio 409).

[79] *Cfr.* Declaración de Teresa Lluy ante el Investigador No. 30 de la Policía Nacional del Ecuador de 15 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folio 411).

[80] *Cfr.* Declaración de HSA ante el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay de 18 de noviembre de 1998 (expediente de prueba, folio 392).

[81] *Cfr.* Declaración de MRR ante el Juez Cuarto de lo Penal del Azuay de 14 de diciembre de 1998 (expediente de prueba, folio 44).

[82] Escrito de Teresa Lluy presentado al Fiscal Cuarto de lo Penal, mediante el cual presenta los resultados de las pruebas de VIH practicadas a Teresa e Iván Lluy en el Instituto Nacional de Higiene; y a SGO en el hospital General de las FF. AA. No. 1 de 14 de diciembre de 1998 (expediente de prueba, folios 46 a 49).

[83] Certificado ginecológico de Talía Gonzales Lluy, emitido por el Ministerio de Salud Pública Cuenca Pumapungo de 27 de octubre de 1998 (expediente de prueba, folio 45).

[84] Auto del Juzgado Cuarto de lo Penal de 5 de junio de 1999 (expediente de prueba, folio 83).

peritos tomaron posesión del cargo el 28 de julio de 1999[85] y entregaron su informe el día 17 de agosto de 1999[86].

94. En dicho informe, los doctores JPR y NVI se refirieron a: i) el tiempo y método que se utilizaba para obtener un concentrado de plaquetas en el Banco de Sangre de la Cruz Roja[87]; ii) los códigos asignados a cada donante el 22 de junio de 1998, incluido el del señor HSA[88]; iii) las contradicciones detectadas en los registros que tuvieron disponibles sobre el donante de quien provinieron las plaquetas que se entregaron para Talía[89]; iv) la ausencia de registro sobre la hora en que se recibió la sangre de HSA y sobre los exámenes realizados el 22 de junio de 1998 a la sangre de HSA[90], y v) la ausencia de registro en la historia clínica, de las "papeletas de identificación de las unidades de sangre"[91].

95. En la parte final de su peritaje, los doctores JPR y NVI indicaron la necesidad de practicar una prueba de "comparación de genotipo viral y análisis secuencial de nucleótidos", en los siguientes términos: "desde el punto de vista científico, [la prueba] podría ayudar a establecer o eliminar la posibilidad que la transfusión sanguínea sea causa de la presencia del anticuerpo del VIH en la niña [Talía], la identificación y comparación del genotipo viral y

---

85 Constancia de toma de posesión de JPR y NVI ante el del Juzgado Cuarto de lo Penal de 28 de julio de 1999 (expediente de prueba, folio 84).

86 *Cfr.* Peritaje rendido ante el Juzgado Cuarto de lo Penal por los doctores JPR y NVI de 16 de agosto de 1999 (expediente de prueba, folios 91 a 98).

87 *Cfr.* Peritaje rendido ante el Juzgado Cuarto de lo Penal por los doctores JPR y NVI de 16 de agosto de 1999 (expediente de prueba, folios 91 a 98). Sobre este punto precisaron los peritos que "se toma sangre total recién extraída o que tenga como máximo seis horas de su extracción". Tras procedimientos descritos por los peritos, resulta "de la unidad de sangre fresca completa inicialmente extraída de un donante hemos obtenido 3 fracciones repartidas en 3 fundas diferentes: un paquete globular (concentrado de glóbulos rojos), un plasma pobre en plaquetas y el concentrado plaquetario)". Agregaron que "el tiempo de centrifugación es exacto, pero el requerido para que el Banco de Sangre entregue las plaquetas es variable (pero en todo caso debe hacerlo dentro de las 6hs de extraída la sangre del donante) pues dependerá de las condiciones de trabajo y al menos deben considerarse las siguientes situaciones: primero disponer (como en el juicio que se está investigando) de dos donantes del mismo grupo sanguíneo del receptor, pues se habían solicitado 2 concentrados de plaquetas (…) (ilegible) este tiempo deberán realizarse todas las pruebas (…) (ilegible) del donante (anticuerpo para VIH SIDA, anticuerpo para Hepatitis C, antígeno de superficie de Hepatitis B, prueba para sífilis, etc), y todo esto adicional al resto de trabajo del Banco de Sangre". Este trabajo adicional fue descrito por los peritos, concluyendo que todo lo anterior depende del personal disponible en el Banco de Sangre.

88 *Cfr.* Peritaje de los doctores JPR y NVI de 16 de agosto de 1999 (expediente de prueba, folios 91 a 98). Sobre este punto, indicaron que esta información fue extraída del impreso de computación del Registro de Transfusiones del Banco de Sangre de la Cruz Rosa del Azuay y de las fotocopias de los formularios llenados por los donantes, pues en el Banco de Sangre les indicaron que "no disponen de un libro borrador".

89 *Cfr.* Peritaje de los doctores JPR y NVI de 16 de agosto de 1999 (expediente de prueba, folios 91 a 98). Sobre este punto indicaron que estas contradicciones se basan en una situación descrita que resulta imposible en términos científicos, y en el nombre de la funcionaria que habría tomado una de las muestras que según las declaraciones no se encontraba en horas laborales. Agregaron que "en el Banco de Sangre no hay registro de las horas en que se extrajeron las unidades de los donantes".

90 *Cfr.* Peritaje de los doctores JPR y NVI de 16 de agosto de 1999 (expediente prueba, folios 91 a 98). Sobre este punto indicaron los peritos que "según información verbal del Dr. PMT y de la Sra. [MR], los exámenes realizados como urgencias a partir de las 18 hs (…) no se registran en algún libro o cuaderno; pero afirman que si se realizan por parte del personal de turno y que son comprobados al día siguiente".

91 De igual manera, en cuanto al tiempo en que es posible detectar la presencia del virus del VIH tras la transfusión de la sangre y plaquetas contaminadas, los peritos indicaron que se puede hacer por "técnicas de cuantificación viral en un periodo relativamente corto (de 1 a 3 semanas luego de la exposición) en la denominada infección HIV aguda. Pero la seroconversión (…) generalmente va de 6 a 12 semanas después de la transmisión". Agregaron que es variable de un sujeto a otro y que en el caso de la transfusión de sangre pueden detectarse los anticuerpos en un período más corto que el de la transmisión por vía sexual. Peritaje de los doctores JPR y NVI de 16 de agosto de 1999 (expediente de prueba, folios 91 a 98).

análisis secuencial de nucleótidos del VIH por técnicas de hibridación, en las sangres del Sr. [HSA] y de la niña [Talía]. Esta técnica muy sofisticada (corresponde a la especialidad de Biología Molecular) al momento aún no est[aba] plenamente implementada en el país, pero pod[í]a contactarse de ser necesario para envío de muestras sanguíneas al European Molecular Biology Bank (Heidelberg, Germany)"[92].

96. El 8 de septiembre de 1999 el Juez Cuarto de lo Penal declaró concluido el sumario y solicitó a la Fiscalía Cuarta que emitiera su dictamen[93]. El 14 de septiembre de 1999 Teresa Lluy solicitó al Juez Cuarto la reapertura del sumario, indicando que aún faltaban por realizarse pruebas fundamentales, incluida la sugerida por los peritos respecto al envío de muestras sanguíneas al European Molecular Biology Bank[94].

97. El 19 de octubre de 1999 la Fiscalía Cuarta solicitó al Juzgado Cuarto de lo Penal la reapertura del sumario a fin de poder practicar diligencias necesarias para "llegar a precisar la persona responsable" del contagio de Talía. El 4 de noviembre de 1999 se dispuso la reapertura del sumario "por el plazo máximo que prev[eía] la Ley" y se dispuso la práctica de diligencias adicionales, incluidas las solicitadas por la Fiscalía Cuarta y un requerimiento a los peritos JPR y NVI para que arribaran a conclusiones[95].

98. El 26 de noviembre de 1999 los peritos JPR y NVI nuevamente se dirigieron al Juzgado Cuarto indicando que las pruebas existentes en el proceso "científicamente no permit[ían] determinar de manera inequívoca cuál pudo ser la causa de propagación del VIH". Los peritos reiteraron la sugerencia de la realización de una prueba especializada en los siguientes términos: "al final de [su] informe […]sug[irieron] la prueba que científicamente podría ser determinante, secuenciación genética a realizarse en Europa[;] con los resultados de esta prueba, pod[ían] inclinarnos por una u otra posibilidad"[96].

99. El 22 de diciembre de 1999 Teresa Lluy presentó una "acusación particular"[97] en contra de PMT, EOQ y MRR, buscando que se declarara su responsabilidad por el contagio de Talía[98]. El 5 de enero de 2000 el Juzgado Cuarto de lo Penal dispuso no aceptar a trámite la "acusación particular" de Teresa Lluy "por cuanto la reapertura del sumario se dispuso para que se practiquen los actos que se ordenaron[, y] la acusación particular no es un acto procesal esencial y debió presentarse oportunamente"[99].

---

92 *Cfr.* Peritaje de los doctores JPR y NVI de 16 de agosto de 1999 (expediente de prueba, folios 91 a 98).

93 Auto de conclusión del sumario del Juzgado Cuarto de lo Penal de 8 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folio 100).

94 *Cfr.* Solicitud de reapertura del sumario presentada por Teresa Lluy ante el Juez Cuarto de lo Penal de 14 de septiembre de 1999 (expediente de prueba, folios 100 a 104).

95 Auto de reapertura del sumario del Juzgado Cuarto de lo Penal de 4 de noviembre de 1999 (expediente de prueba, folio 111).

96 *Cfr.* Comunicación enviada por los peritos JPR y NVI al Juez Cuarto de lo Penal de 26 de noviembre de 1999 (expediente de prueba, folio 113).

97 La acusación particular de acuerdo al Código de Procedimiento Penal del Ecuador en su Art. 57 es aquella que se presenta para la denuncia de delitos de acción pública o privada. Disponible: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cpp.pdf.

98 *Cfr.* Acusación particular de Teresa Lluy en contra de PMT, EOQ y MRR ante el Juez Cuarto de lo Penal de 22 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folios 116 y 117).

99 Auto del Juzgado Cuarto de lo Penal que rechaza la acusación particular de 5 de enero de 2000 (expediente de prueba, folio 118).

100. El 22 de marzo de 2000 el Juzgado Cuarto declaró, por segunda vez, concluido el sumario y dispuso que la Fiscalía emitiera su dictamen en el plazo legal[100]. El 5 de mayo de 2000 Teresa Lluy solicitó nuevamente la práctica del examen especializado sugerido por los peritos[101]. El 15 de mayo de 2000, a solicitud de la Fiscalía Cuarta, el Juzgado Cuarto dispuso la reapertura del sumario y ordenó la práctica de varias diligencias.

101. El 18 de julio de 2000 el Juez Cuarto dispuso que los peritos JPR y NVI obtuvieran las muestras de sangre de Talía y de HSA para que se enviaran al hospital de la Universidad Católica de Lovaina, en Bélgica, a fin de realizar la prueba especializada sugerida por los peritos[102].

102. El 31 de agosto de 2000 se declaró, por tercera vez, cerrado el sumario y se ordenó a la Fiscalía que emitiera el dictamen correspondiente. Para este momento aún no se había realizado la prueba especializada sugerida por los peritos[103].

103. El 11 de octubre de 2000 la Fiscalía Cuarta emitió el dictamen en el cual valoró los diversos testimonios y tomó en cuenta el informe pericial, el reconocimiento de documentos y otros documentos del acervo probatorio. La Fiscalía concluyó que "se ha[bía] demostrado la materialidad de la infracción, consistente en el contagio negligente de una enfermedad mortal como es el SIDA en la persona de la niña [Talía], inobservándose normas obligatorias contenidas en el Manual para Bancos, Depósitos de Sangre y Servicios Transfusionales[104]". En cuanto a la responsabilidad penal la Fiscalía señaló que "a pesar de que mediante vista fiscal se solicitó lo concerniente a este presupuesto por considerar que existen presunciones de su existencia, al no haberse sindicado a persona alguna, no e[ra] posible procesalmente formular acusación"[105].

104. El informe del hospital de la Universidad de Lovaina fue realizado el 8 de enero de 2001. De acuerdo con lo señalado en este, la prueba fue realizada con cuatro muestras de sangre. La muestra 1, correspondiente a Talía; la muestra 2, correspondiente a HSA; y las muestras 3 y 4 correspondientes a dos voluntarios VIH positivos. El informe indicó que las cuatro muestras eran "claramente positivas", que la muestra 4 no pudo ser amplificada, que sólo las muestras 1, 2 y 3 tenían suficiente "viral RNA" para realizar una "secuencia nucleótida"; y que "las muestras 1 y 2 eran idénticas", mientras que "la muestra 3 era genéticamente diferente de las dos primeras"[106]. El 15 de enero de 2001 el Juez Cuarto dispuso la reapertura del sumario a fin de incorporar la prueba especializada[107].

---

[100] Auto del Juzgado Cuarto de lo Penal que determina el cierre del sumario de 22 de marzo de 2000 (expediente de prueba, folio 134).

[101] *Cfr.* Solicitud de la Teresa Lluy al Agente Fiscal Cuarto de lo Penal de 5 de mayo de 2000 (expediente de prueba, folio 135).

[102] Auto del Juzgado Cuarto de lo Penal de 18 de julio de 2000 (expediente de prueba, folio 156).

[103] Auto del Juez Cuarto de lo Penal que declara concluido el sumario de 31 de agosto de 2000 (expediente de prueba, folio 162).

[104] Dictamen del Agente Fiscal Cuarto de lo Penal de 11 de octubre de 2000 (expediente de prueba, folio 165).

[105] Dictamen del Agente Fiscal Cuarto de lo Penal de 11 de octubre de 2000 (expediente de prueba, folios 163 a 165).

[106] *Cfr.* Informe emitido por el Laboratorio de la Universidad de Lovaina, Bélgica de 8 de enero de 2001 (expediente de prueba, folios 177 y 178). Traducción hecha por la Secretaría de la Corte.

[107] *Cfr.* Auto del Juez Cuarto de lo Penal de 15 de enero de 2001 (expediente de prueba, folio 174).

105. El 19 de febrero de 2001 la traducción del informe fue remitida a los peritos JPR y NVI [108]; quienes el 9 de marzo de 2001 indicaron que "el mismo virus afecta[ba] las muestras de sangre de las dos personas", refiriéndose a Talía y a la persona a quien correspondía la muestra de sangre número 2, siendo la sangre de HSA. Agregaron que "el VIH solamente podría haber pasado a la niña [Talía] desde la persona señalada como 170686285-9 [HSA] siguiendo dos vías: transmisión sexual o por transfusión de productos sanguíneos contaminados procedentes de esta persona". Los peritos finalizaron su informe señalando que "si las investigaciones del juicio hubiesen excluido la transmisión sexual, necesariamente debe concluirse desde el punto de vista de la lógica médica, que la única vía de propagación del VIH hacia la niña [Talía] es la transfusión sanguínea"[109].

106. El 26 de marzo de 2001 se declaró, por cuarta vez, cerrado el sumario[110]. El 9 de abril de 2001 la Fiscalía Cuarta solicitó al Juez Cuarto la reapertura del sumario y la extensión del mismo en contra de MRR, BRR y PMT[111]. El 10 de abril de 2001 el Juez Cuarto hizo extensivo el sumario en contra de MRR, BRR y PMT[112].

107. El 16 de mayo de 2001 Teresa Lluy presentó "acusación particular" por el delito de "propagación de enfermedad contagiosa" contra PMT, EOQ, MRR, BRR y el señor CAA, en su calidad de Presidente del Comité Provincial de Anzuay de la Cruz Roja[113]. En la misma fecha se aceptó a trámite la "acusación particular" y se hizo extensivo el sumario en contra de CAA y EOQ[114].

108. El 25 de julio de 2001, en respuesta a una solicitud presentada por PMT y BRR[115], el Juzgado Cuarto declaró "abandonada la acusación particular por haberla dejado continuar por treinta días" y determinó "separada la acusadora definitivamente de la [...] causa, la misma que seguir[ía] sustanciándose con la intervención del Ministerio Público"[116]. El 29 de julio de 2001 Teresa Lluy solicitó la revocatoria de esta decisión y el 31 de julio de 2001 el Juzgado Cuarto rechazó su pedido indicando que el mismo "no proced[ía]"[117].

109. El 9 de agosto de 2001 se le entregó el expediente al Fiscal Distrital del Azuay (en adelante "el Fiscal Distrital") quien lo solicitó para estudiarlo. El 22 de agosto de 2001 el

---

[108] *Cfr.* Auto del Juez Cuarto de lo Penal que corre traslado a los peritos de 19 de febrero de 2001 (expediente de prueba, folio 191).

[109] Informe de los peritos JPR y NVI de 9 de marzo de 2001 (expediente de prueba, folio 194).

[110] *Cfr.* Auto del Juez Cuarto de lo Penal de 26 de marzo de 2001 que declara concluido el sumario (expediente de prueba, folio 196).

[111] *Cfr.* Solicitud de la Fiscalía Cuarta de lo Penal al Juzgado Cuarto de lo Penal de 9 de abril de 2001 (expediente de prueba, folio 197).

[112] *Cfr.* Auto del Juez Cuarto de lo Penal de 10 de abril de 2001 (expediente de prueba, folio 198).

[113] Acusación particular presentada por Teresa Lluy de 16 de mayo de 2001 (expediente de prueba, folios 208 a 210).

[114] *Cfr.* Auto del Juez Cuarto de lo Penal de 16 de mayo de 2001 (expediente de prueba, folio 211).

[115] Solicitud de PMT y BRR de 16 de julio de 2001 dirigida al Juzgado Cuarto de lo Penal (expediente de prueba, folio 263).

[116] Auto del Juzgado Cuarto de lo Penal que declara abandonada la acusación particular de 25 de julio de 2001 (expediente de prueba, folio 274).

[117] *Cfr.* Solicitud de Teresa Lluy de 29 de julio de 2001 y decisión del Juzgado Cuarto de lo Penal de 31 de julio de 2001 (expediente de prueba, folio 276).

Fiscal Distrital solicitó al Juzgado Cuarto algunos "actos procesales" que consideraba "imprescindibles"[118].

110. El 23 de septiembre de 2001 el Fiscal Distrital emitió el Dictamen Fiscal mediante el cual analizó la prueba documental, pericial y testimonial, y formuló acusación en contra de MRR como autora del delito tipificado en el artículo 436[119] del Código Penal. Asimismo, formuló acusación en contra de PMT y EOQ por encubrimiento del referido delito. Dentro de sus conclusiones el Fiscal señaló:

> "Que de modo inconcuso está comprobado el contagio de la menor [Talía] con la sangre del donante [HSA] a raíz de la entrega de dicha sangre, admitida por la encausada [MRR]. Que el donante [HSA], al realizar la donación ignoraba tener el virus del VIH […]
>
> La Auxiliar de Enfermería, del Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, la encausada [MRR], en su única versión procesal admit[ió] su autoría en la entrega de la sangre y el plasma el día 22 de junio de 1998. Sin embargo miente cuando señal[ó] que realizó las pruebas serológicas. La rea, por descuido, negligencia, imprudencia e inobservancia de rutina elemental del Laboratorio, omitió la prueba sobre el VIH antes de entregar la sangre y el plasma proveniente de un donante infectado con VIH –infección que se comprobara 24 horas después de la transfusión- y que fuera entregada para el uso de la menor [Talía]. Las modalidades culposas de negligencia e imprudencia atribuibles a la encausada están previstas en la definición del último inciso del Art. 14 del Código Penal.
>
> […]
>
> El comportamiento de los encausados [PMT] y [EOQ] les identifica en el contexto de la prueba sumarial como encubridores del delito que está probado. Su presunta culpabilidad se halla evidenciada incuestionablemente por sus repetidas mentiras.
>
> […]
>
> En contra de los encausados [CAA] y [BRR] no enc[o]ntr[ó] datos procesales relacionados con alguna acción u omisión para calificar sus conductas en algunos de los niveles de participación criminal"[120].

111. El 29 de octubre de 2001, el Segundo Tribunal Penal del Azuay determinó que: i) se había probado "la existencia de la infracción como es el contagio del SIDA a [Talía]; ii) Talía recibió transfusión de plaquetas elaboradas con sangre fresca de donantes, entre quienes estaba el señor HSA, que se encontraba infectado de VIH iii) existía una identidad genética de los virus VIH que estaban presentes en la sangre de HSA y en la de Talía, y iv) se había demostrado que "[MRR] elaboró y suministró las plaquetas, demostrando negligencia, descuido, falta de precaución, causando una enfermedad incurable en [Talía]"[121]. Por lo anterior, declaró abierta la "etapa de plenaria" en contra de MRR "como presunta autora del delito tipificado y sancionado en el [artículo] 436 del Código Penal". Asimismo, el Tribunal determinó que PMT y EOQ "no ha[bía]n realizado los actos que expresamente señala [el

---

[118] Comunicación del Fiscal Distrital al Juzgado Cuarto de lo Penal de 22 de agosto de 2001 (expediente de prueba, folio 284).

[119] Código Penal del Ecuador artículo 436: Los médicos, boticarios, o cualquier persona que, por falta de precaución o de cuidado, recetaren, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán reprimidos con prisión de seis meses a un año; si hubieren causado enfermedad que parezca o fuere incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido la muerte, la prisión será de tres a cinco años. Disponible en: http://www.cepal.org/oig/doc/EcuArt5511Codigopenal.pdf.

[120] *Cfr.* Dictamen del Fiscal del Distrito del Azuay de 23 de septiembre de 2001 (expediente de prueba, folios 454 a 463).

[121] Decisión del Segundo Tribunal de lo Penal de 29 de octubre de 2001 (expediente de prueba, folio 489).

Código Penal] que habla del encubrimiento, por lo que dict[ó] sobreseimiento provisional del proceso y definitivo a favor [de ambas personas]"[122].

112. El 31 de octubre de 2001, la Fiscalía interpuso un recurso de apelación contra los sobreseimientos definitivos, considerando que PMT y EOQ debían ser enjuiciados en grado de encubrimiento. El 18 de diciembre de 2001 la Primera Sala de la Corte Superior resolvió la consulta elevada por el Juzgado Cuarto respecto de los sobreseimientos y del recurso de apelación interpuesto por parte de la Fiscalía. La decisión de la Sala fue confirmar el sobreseimiento definitivo en favor de CAA y BRR[,] y modificar el "sobreseimiento definitivo" de PMT y EOQ por un "sobreseimiento provisional"[123].

113. El Segundo Tribunal Penal del Azuay, con fecha 13 de diciembre de 2001, ordenó oficiar a las autoridades de policía para la captura de MRR[124]. En los días 23 de octubre de 2002, 26 de junio de 2003 y 12 de febrero de 2004 se libraron oficios de captura de MRR sin que pudiera ser capturada[125].

114. Mediante providencia de 22 de febrero de 2005, el Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, entre otros actos procesales, dispuso se sentara razón sobre el tiempo transcurrido desde el auto cabeza de proceso. En la misma fecha la Secretaria relatora del mismo Tribunal certificó que habían transcurrido "6 años, 4 meses y 3 días"[126].

115. El 28 de febrero de 2005 la Segunda Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Superior de Justicia del Azuay dictaminó la prescripción de la acción, en razón de la no comparecencia de la encausada a la audiencia de juzgamiento y al no haber podido ser capturada; y por el tiempo transcurrido desde fecha del auto cabeza de proceso, tiempo que no había sido interrumpido por el cometimiento de otra infracción[127].

116. Mediante resolución de fecha 22 de abril de 2005, la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la entonces Corte Superior de Justicia de Cuenca, confirmó la prescripción de la acción[128].

### *E. La acción civil*

117. Además de la acción penal, la familia de Talía interpuso recursos de naturaleza civil que buscaban obtener reparaciones por los daños y perjuicios originados por la transfusión de sangre que produjo el contagio de VIH a Talía. Para estos efectos, Teresa Lluy presentó una demanda por daños y perjuicios y, previamente, un "amparo de pobreza" solicitando que

---

122 Decisión del Segundo Tribunal de lo Penal de 29 de octubre de 2001 (expediente de prueba, folio 489).

123 Decisión de la Primera Sala de la Corte Superior de 18 de diciembre de 2001 (expediente de prueba, folios 362 a 370).

124 Orden del Segundo Tribunal de lo Penal de 13 de diciembre de 2001 (expediente de prueba, folio 1860).

125 *Cfr.* Registro del Segundo Tribunal Penal del Azuay de 22 de febrero de 2005 (expediente de prueba, folio 1861).

126 *Cfr.* Providencia del Segundo Tribunal Penal del Azuay de fecha 22 de febrero de 2005 (expediente de prueba, folio 1862).

127 *Cfr.* Auto Resolutivo, Segundo Tribunal Penal del Azuay de 25 de febrero de 2005 (expediente de prueba, folio 1876).

128 *Cfr.* Auto Resolutivo, Segunda Sala de lo Penal de la entonces Corte Superior de Justicia del Azuay de 22 de Abril de 2005 (expediente de prueba, folio 1878).

se le declarara exenta del pago obligatorio de la "tasa judicial" que era exigida para poder actuar judicialmente en la demanda por daños y perjuicios.

*E.1 Amparo de Pobreza*

118. El 26 de septiembre de 2001 Teresa Lluy solicitó un "amparo de pobreza" ante el Juez de lo Civil de Cuenca, con el fin de poder plantear una demanda por daños y perjuicios en contra de la Cruz Roja Provincial del Azuay, sin que fuera necesario pagar la "tasa judicial" que era exigida para actuar judicialmente. Teresa Lluy informó al Juez de lo Civil que era "imposible por [su] situación económica que [ella] pu[diera] solventar dicho gasto"[129].

119. El 14 de noviembre de 2001 acudió a declarar la señora CS, quien señaló que la familia de Talía "t[enía] una situación económica precaria". Ese mismo día acudió a declarar el señor JAB, quien declaró que "e[ra] verdad que [Teresa Lluy] t[enía] una situación económica precaria".

120. El 5 de diciembre de 2001 se otorgó el amparo de pobreza a Teresa Lluy para que iniciara la acción civil por daños y perjuicios sin que fuera necesario que pagara la "tasa judicial" requerida[130].

*E.2 Demanda por daños y perjuicios*

121. El 4 de marzo de 2002 Teresa Lluy presentó una demanda por daños y perjuicios en contra de PMT, en su calidad de Director del Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay; y de la institución de la Cruz Roja del Azuay, representada por el señor CAA, en su calidad de Presidente de la Cruz Roja Provincial del Azuay[131]. El señor CAA se opuso a la demanda de la señora Teresa Lluy argumentando que no estaba probado que el contagio de Talía se hubiera dado por la sangre obtenida en la Cruz Roja, ni que las muestras enviadas a la Universidad Católica de Lovaina hubieran sido realmente tomadas a HS y a Talía[132].

122. El 6 de mayo de 2002 se abrió el proceso a prueba "por el término legal de diez días"[133]. En el trámite de la demanda por daños y perjuicios Teresa Lluy incorporó como prueba todo el expediente penal y solicitó pruebas adicionales para comprobar la actuación de la Cruz Roja.

123. El 1 de julio de 2002 Teresa Lluy solicitó al Juzgado Sexto que designara un perito que realizara la traducción del informe médico realizado en la Universidad de Lovaina[134]. El 3 de julio de 2002 Teresa Lluy solicitó al Juzgado Sexto que nombrara peritos médicos para realizar un reconocimiento a Talía, y que fijara día para que se llevara a cabo la diligencia de

---

[129] Solicitud de amparo de pobreza de 26 de septiembre de 2001 hecha al Juez de lo Civil de Cuenca (expediente de prueba, folios 313 y 314).

[130] *Cfr.* Decisión de amparo de pobreza del Juzgado Tercero de lo Civil de Cuenca de 5 de diciembre de 2001 (expediente de prueba, folio 328).

[131] *Cfr.* Demanda por daños y perjuicios presentada por Teresa Lluy ante el Juez de lo Civil de Cuenca de 4 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folios 331 a 334). El proceso fue asignado al Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca el 4 de marzo de 2002 (expediente de prueba, folio 335).

[132] *Cfr.* Contestación a la demanda presentada por CAA ante el Juez Sexto de lo Civil de Cuenca de 8 de abril de 2002 (expediente de prueba, folio 338 a 340).

[133] Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca de 6 de mayo de 2002 (expediente de prueba, folio 347).

[134] *Cfr.* Escrito de Teresa Lluy ante el Juez Sexto de lo Civil del Azuay de 1 de julio de 2002 (expediente de prueba, folios 525 y 526).

reconocimiento del Banco de Sangre de la Cruz Roja Provincial del Azuay; también le solicitó que llamara a los peritos JPR y NVI a rendir su testimonio y que fijara fecha para una inspección judicial en la Clínica Humanitaria[135].

124. El 5 de julio de 2002 el Juez Sexto dio respuesta al escrito del 3 de junio de 2002 de Teresa Lluy y señaló las fechas para llevar a cabo las diligencias[136]. El 10 de julio de 2002 el Juzgado decretó concluido el término de prueba[137]. El 19 de agosto de 2002 se rindió el informe médico sobre la situación de Talía[138], y el 20 de agosto de 2002 se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento del Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay[139].

125. El 25 de agosto de 2004 Teresa Lluy solicitó al Juez Sexto que declarara concluido el término de prueba[140]; no obstante, el 5 de septiembre de 2004 el señor CAA señaló que aún faltaba la diligencia de traducción del informe de la Universidad de Lovaina y solicitó al Juez que señalara nueva fecha para que el perito nombrado tomara posesión del cargo[141].

126. El 27 de octubre de 2004 Teresa Lluy solicitó al Juzgado Sexto que dejara sin efectos su petición de designar perito para la traducción del informe, debido a que ya existía traducción del documento. Además indicó que "en razón de existir un problema gravísimo como e[ra] la situación de [su] hija, [l]e urg[ía] obtener la sentencia"[142]. El 4 de noviembre de 2004 el Juzgado Sexto decidió que no procedía la solicitud de Teresa Lluy, debido a que la diligencia que faltaba era necesaria[143]. El 24 de noviembre de 2004 tomó posesión el perito designado[144]; quien entregó la traducción del informe el 10 de enero de 2005[145].

127. El 19 de enero de 2005 Teresa Lluy solicitó al Juez Sexto que "en vista que no ha[bía] diligencias pendientes, […] se dign[ara] pedir autos para sentencia"[146].

128. El 12 de julio de 2005 el Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca dictó sentencia y, teniendo en cuenta los resultados del proceso penal, declaró sin lugar la demanda presentada por Teresa Lluy. El Juzgado Sexto invocó el artículo 2241 del Código Sustantivo Civil que establecía que: "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a

---

135 *Cfr.* Escrito de Teresa Lluy ante el Juez Sexto de lo Civil del Azuay de 3 de julio de 2002 (expediente de prueba, folios 530 a 532).

136 Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca de 5 de julio de 2002 (expediente de prueba, folio 533).

137 Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca de 10 de julio de 2002 (expediente de prueba, folio 535).

138 Informe médico de los peritos GT y GP de 20 de agosto de 2002 (expediente de prueba, folio 542).

139 *Cfr.* Acta de inspección al Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay de 20 de agosto de 2002 (expediente de prueba, folio 540).

140 *Cfr.* Escrito de Teresa Lluy ante el Juez Sexto de lo Civil del Azuay de 25 de septiembre de 2004 (expediente de prueba, folio 550).

141 *Cfr.* Escrito de Claudio Arias ante el Juez Sexto de lo Civil del Azuay de 6 de septiembre de 2004 (expediente de prueba, folio 552).

142 *Cfr.* Escrito de Teresa Lluy ante el Juez Sexto de lo Civil del Azuay de 27 de octubre de 2004 (expediente de prueba, folio 555).

143 Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca de 4 de noviembre de 2004. (expediente de prueba, folio 556).

144 Acta de posesión del perito JS de 24 de noviembre de 2004 (expediente de prueba, folio 561).

145 *Cfr.* Informe del perito JS de 10 de enero de 2005 (expediente de prueba, folios 564 a 566).

146 Escrito de Teresa Lluy ante el Juez Sexto de lo Civil del Azuay de 19 de enero de 2005 (expediente de prueba, folio 568).

otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito". Tomando en consideración dicho artículo, el Juzgado Sexto indicó que se debía determinar si la persona demandada había cometido el delito para que fuera entonces obligado a pagar daños y perjuicios, para lo cual se debía seguir un juicio y debía existir sentencia condenatoria ejecutoriada. Atendiendo los sobreseimientos dictados en el proceso penal, el Juzgado Sexto declaró sin lugar la demanda civil[147].

129. El 14 de julio de 2005, Teresa Lluy interpuso un recurso de apelación contra la decisión del Juzgado Sexto[148], el cual fue sustentado el 2 de septiembre de 2005. La señora Lluy indicó que la apelación se refería a "todo el contenido de la sentencia [del Juzgado Sexto], tanto en su motivación como en su parte dispositiva". Agregó que la acción de daños y perjuicios era independiente del proceso penal pues buscaba reparación del daño por un hecho culposo, aunque no existiera sentencia condenatoria. En el recurso, Teresa Lluy también invocó el artículo 14 del Código de la Niñez y Adolescencia sobre la interpretación que debía aplicarse en favor del interés superior del niño y enfatizó la situación de discriminación que había tenido que vivir Talía "en todos los campos de estudio, vivienda, salud, etc"[149].

130. El 12 de septiembre de 2005 el señor CAA presentó su escrito de contestación indicando que "no e[ra] verdad que la acción de daños y perjuicios fuera independiente del proceso que juzga[ba] la responsabilidad penal". En su escrito agregó que no había sido probado dentro del proceso penal que el contagio de Talía hubiera sido consecuencia de la transfusión de sangre recibida de la Cruz Roja. El señor CAA señaló también que la denuncia de Talía y su familia había afectado el prestigio de la Cruz Roja[150]. El 23 de noviembre de 2005 la señora Teresa Lluy solicitó que se dictara la sentencia de apelación[151].

131. El 18 de mayo de 2006, la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca declaró la nulidad de "todo lo actuado a partir del auto que acept[ó] a trámite la demanda" y devolvió el expediente al juzgado de origen. Esta decisión tuvo como sustento el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal que establecía que "no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada". La Primera Sala determinó que al no existir tal sentencia penal en el caso de Talía, no se cumplía el requisito indispensable para admitir la acción civil y, por lo tanto, todo lo actuado desde dicha admisión era nulo[152].

132. La resolución de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca no fue impugnada. Por otro lado, ha sido declarado por Talía y su familia que, como resultado del contagio de Talía y de las distintas acciones legales que su familia interpuso posteriormente, la vida familiar, la economía, la salud, y otro ámbitos de la vida de Talía, Teresa Lluy e Iván

---

147 Sentencia del Juez Sexto de lo Civil del Azuay del 12 de julio de 2005. (expediente de prueba, folios 593 a 595).

148 Recurso de apelación contra el Juicio N° 323-05 de 18 de mayo de 2006. (expediente de prueba, folio 597).

149 Fundamentación del Recurso de apelación contra el Juicio N° 323-05 de 2 de septiembre de 2005. (expediente de prueba, folio 16).

150 *Cfr.* Contestación del recurso de apelación por parte de CA y su apoderado JM de 12 de septiembre de 2005 (expediente de prueba, folios 18 y 19).

151 *Cfr.* Escrito de Teresa Lluy ante los Ministros de Sustanciación de la Sala de 25 de septiembre de 2004. (expediente de prueba, folio 21).

152 *Cfr.* Recurso de apelación contra el Juicio N° 323-05 interpuesto por Teresa Lluy de 18 de mayo de 2006. (expediente de prueba, folio 599-605).

Lluy sufrieron diversos impactos que les afectaron y que continúan afectándoles en la actualidad.

### *F. Las afectaciones en la educación de Talía derivadas de su situación de persona con VIH*

133. En septiembre de 1999, cuando Talía tenía 5 años de edad, fue inscrita en el "primer curso de básica" en la escuela pública de educación básica "Zoila Aurora Palacios", en la ciudad de Cuenca. Talía asistió a clases normalmente durante dos meses, sin embargo, en el mes de noviembre la profesora APA se enteró que Talía era una persona con VIH y le informó al director de la escuela. El director decidió que Talía no asistiera a clases "hasta ver que d[ecían] las [a]utoridades de [e]ducación o buscar una solución al problema"[153].

134. Funcionarios de la Subdirección de Salud del Austro impartieron charlas en la escuela relativas al VIH y la "imposibilidad de contagio". Sin embargo, el 3 de febrero de 2000, el Director de la escuela le comunicó a Teresa Lluy la decisión de no recibir más a Talía, entregándole sus papeles de "desglose"[154].

135. El 8 de febrero de 2000, Teresa Lluy con ayuda del Comisionado del Defensor del Pueblo de Azuay, presentó una acción de amparo constitucional ante el Tercer Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, en contra del Ministerio de Educación y Cultura representado por el Subsecretario de Educación del Austro; del director de la escuela "Zoila Aurora Palacios" y de la profesora APA, en razón de una presunta privación al derecho a la educación de Talía. Teresa Lluy afirmó que se había violado el derecho a la educación de Talía y solicitó su reintegración a la escuela y una reparación por los daños provocados[155].

136. El 9 de febrero de 2000 se llevó a cabo la audiencia púbica del caso. En dicha audiencia el Subsecretario Regional de Educación del Austro indicó que ni la Directora de Educación del Azuay, ni él habían dispuesto que Talía fuera retirada de la escuela. Sin embargo, el Subsecretario señaló que "las leyes educativas da[ba]n facultad a los directivos de los establecimientos [para] que cuando exist[iera] inminente riesgo en contra de los educandos pu[dieran] tomar medidas en salvaguarda del resto de educando"[156].

137. El Subsecretario Regional también agregó que "el [d]irector de la [e]scuela y la [p]rofesora ha[bía]n procedido hasta que se reali[zaran] exámenes médicos correspondientes y que garanti[zaran] que [Talía] no contagi[ara] su lamentable enfermedad al resto de niños y personal que está en contacto con ella [puesto que] si bien a ella le asist[ían] las garantías constitucionales […] también deb[ían] gozar de estas garantías y

---

153 Demanda de amparo constitucional, Tercer Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca de 8 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1122). Talía declaró que: "[c]uando tenía cinco años, me fui a la escuela Fiscal Zoila Aurora Palacios. Yo estaba contenta porque hice muchos amigos. Cuando llegó la navidad, un día mi profesora […] le dijo a mi mami que ya no tra[jera] a la escuela, que me lleve a la casa. Mi mami se fue a la Dirección y salió llorando y no volvimos más […E]l primer día de clases le indicaron a mi mami que mi matrícula fue anulada sin ninguna explicación". Escritura de declaración juramentada otorgada por Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 1097 y 1099).

154 *Cfr.* Demanda de amparo constitucional de 8 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1122).

155 *Cfr.* Demanda de amparo constitucional de 8 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1122).

156 Audiencia pública de la Demanda de amparo constitucional en el Tercer Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1132).

derechos constitucionales la gran mayoría de la niñez que se educa[ba] en ese centro educativo"[157].

138. En la audiencia pública también declaró el director de la escuela "Zoila Aurora Palacios" y señaló que habían tomado decisiones que cuidaran la salud de los niños de primera básica. El director declaró que "acogiéndo[se] a los requisitos que deb[ía] presentar [Talía] para la matrícula uno de ellos es el certificado médico de no presentar enfermedades infecto contagiosas". Finalmente, el director señaló que "en la escuela [Talía] tuvo algunas hemorragias debido a una enfermedad llamada purpura tromb[o]ci[to]p[é]nica idi[op]át[i]ca, [e]sta enfermedad hac[ía] que los riesgos de contagio [fueran] mayores, también porque [Talía] se enc[ontraba] en el primer año de educación básica en donde se trabaja[ba] con objetos cortopunzantes"[158].

139. La profesora APA también rindió su testimonio en la audiencia pública y señaló que ella había preguntado al médico tratante de Talía, quien realizó una exposición sobre el VIH "a todo el personal docente" de la escuela "Zoila Aurora Palacios", si existía un riesgo para el resto de los compañeros de Talía y que el médico había contestado que "si ha[bía] riesgo pero en un pequeño porcentaje". La profesora APA señaló además que "ten[ía] testigos de aquellas hemorragias que tenía [Talía, y que] vistos esos riesgos se ha[bía] seguido el camino correcto pero no para hacerle daño moral y psicológico [a Talía] sino porque [ella era] responsable de un grupo de 31 niños"[159].

140. El 10 de febrero del 2000 el comisionado del Defensor del Pueblo del Azuay, solicitó que se incorporara al proceso el Certificado del Médico Infectólogo del hospital Regional Docente "Vicente Corral Moscoso" sobre la situación de Talía; el certificado del médico de la Clínica "Santa Ana" sobre las condiciones hematológicas de Talía; y el informe del Coordinador del Programa de Consejerías de Prevención VIH/SIDA-ETS, de la Dirección Provincial de Salud del Azuay, sobre la visita de un equipo técnico en salud a la Escuela "Zoila Aurora Palacios" con respecto del caso de Talía[160].

141. El 11 de febrero de 2000, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Nº 3 declaró inadmisible el recurso de amparo constitucional, considerando que "exist[ía] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ía] que predomin[ara]n los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación"[161].

142. El Tribunal Distrital valoró que "si las autoridades de educación y el establecimiento no hubieran procedido a actuar en la forma que lo hicieron, corrían el riesgo de quebrantar preceptos constitucionales […] del resto del personal del plantel por no precaver la salud amenazada por el real o supuesto contagio"[162].

---

[157] Audiencia pública de la Demanda de amparo constitucional en el Tercer Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1132).

[158] Audiencia pública de la Demanda de amparo constitucional en el Tercer Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).

[159] Audiencia pública de la Demanda de amparo constitucional en el Tercer Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1135).

[160] *Cfr.* Oficio del Defensor del Pueblo del Azuay de 10 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1145).

[161] Sentencia de 11 de febrero de 2000 emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nº 3 (expediente de prueba, folio 1148).

[162] Sentencia de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1148).

143. Debido a lo anterior, el Tribunal consideró que "las autoridades educativas [habían] procedi[do] con apego a la ley", tomando en consideración que la enfermedad de Talía "implica[ba] un posible riesgo de contaminación al resto de estudiantes del plantel" para lo cual sostuvo que "frente a [ese] conflicto [era] obvio señalar que prevalece el derecho de la mayoría con respecto a un caso particular" [163].

144. Finalmente, el Tribunal consideró que Talía podía ejercer su derecho a la educación, "mediante una instrucción particularizada y a distancia"[164]. No se presentó ninguna impugnación a la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Nº 3.

### *G. Hechos relacionados con la asistencia sanitaria y tratamiento recibido por Talía Gonzales Lluy*

145. El Estado ha allegado información relativa a los programas que ha adelantado en materia de educación y atención en temas de VIH/SIDA a fin de lograr tener a disposición de todos sus ciudadanos información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA. Al respecto, la Constitución de 1998, en su artículo 43[165] establecía, en la época en la que ocurrieron los hechos, que los programas y acciones de salud pública eran gratuitos para todos. Asimismo, otras normas relevantes sobre acceso a la atención e información en salud son la Ley de Derechos y Amparo al Paciente de 1995[166]; la Ley Orgánica de Salud de 2006[167]; la Ley sobre la Educación de la Sexualidad y el Amor de 1998; el Acuerdo Ministerial 403 de 2006; el Acuerdo Ministerial 436 de 2008, y la Resolución 166 de 2009 de la CONESUP. Asimismo, en 2002 se promulgó la Ley para la Prevención y Asistencia Legal del VIH en el año 2000[168], complementada con el Reglamento para la Atención para Personas que viven con el VIH/SIDA del año 2002[169] y existe una Estrategia Nacional de Salud Pública para VIH/SIDA ITS[170].

146. Ante la Corte también fueron rendidas declaraciones periciales sobre la Definición de Política Pública de Atención Gratuita y Provisión de Servicios a pacientes con VIH en

---

163 Sentencia de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1149).

164 Sentencia de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1149).

165 Constitución Política de la República del Ecuador de 11 de agosto de 1998, artículo 43.

166 Artículo 5 "Se reconoce el derecho de todo paciente a la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, pronóstico, tratamiento, riesgos a los que está expuesto, en términos en los que el paciente pueda entender y estar habilitado para tomar decisiones sobre el procedimiento a seguirse", Ley de Derechos y Amparo del Paciente, Registro Oficial Suplemento 626 de 3 de febrero de 1995, (expediente de prueba, folio 2764).

167 Artículo 27 "El Ministerio de Educación y Cultura, en coordinación con la autoridad sanitaria nacional, con el organismo estatal especializado en género y otros competentes, elaborará políticas y programas educativos de implementación obligatoria en los establecimientos de educación a nivel nacional, para la difusión y orientación en materia de salud sexual y reproductiva, a fin de prevenir el embarazo en adolescentes, VIH-SIDA y otras afecciones de transmisión sexual, el fomento de la paternidad y maternidad responsables y la erradicación de la explotación sexual; y, asignará los recursos suficientes para ello".

168 Ley para la prevención y asistencia integral para personas con VIH SIDA de 14 de abril de 2000 (expediente de prueba, folios 2119 a 2121).

169 Reglamento de atención a personas con SIDA de 20 de diciembre de 2002 modificado el 22 de diciembre de 2006 (expediente de prueba, folios 2113 a 2118).

170 Estrategia Nacional de Salud Pública para VIH/SIDA-ITS (expediente de prueba, folios 3229 a 3233).

Ecuador[171]; la Política Pública Multisectorial de Respuesta Nacional al VIH/SIDA 2007-2015, con particular énfasis en el manejo integral y multisectorial de la enfermedad crónica infecciosa (incluyendo una descripción pormenorizada de las políticas públicas multisectoriales en diversos gobiernos locales y los planes para grupos prioritarios)[172]; la Experiencia de política pública para Atención Integral de Adultos y Adolescentes con infección por VIH/SIDA y aplicación de la Guía de Prevención y Control de la Transmisión Materno Infantil del VIH[173]; y los programas de Salud Mental y Red de Servicios Integrales aplicados al acompañamiento y tratamiento de enfermedades catastróficas[174].

147. En el expediente ante la Corte la prueba sobre la atención sanitaria recibida por Talía se concentra en sus declaraciones y las de sus familiares, certificaciones y documentos en relación con su historia clínica y dictamenes periciales. Entre lo probado, se encuentra que los primeros exámenes hematológicos de Talía fueron realizados en el Laboratorio de Cuenca del Instituto de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez, donde el 27 de julio de 1998 se diagnosticó que Talía tenía VIH[175], a lo que le subsiguieron diversos exámenes especializados para confirmar dicho diagnóstico[176]. Por otra parte, Talía fue atendida en el hospital Vicente Corral Moscoso desde 1999 hasta el año 2003[177], entre 2003 y 2014 por el médico hematólogo NV según consta en la certificación expedida por este el 22 de abril de 2014[178]. A su vez, ha sido atendida en el hospital General de la FF.AA No.1 desde el 2004 por médicos internistas, alergólogos e infectólogos a lo largo de los años y fue internada en dicha institución el 20 de junio de 2005[179] donde se inció el tratamiento con retrovirales[180]. El 15 de mayo de 2014, Talía visitó la Unidad de Atención Integral de Salud de Cuenca en el hospital Vicente Corral Moscoso[181] para efectos de recibir la atención que el Estado ofreció a darle en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

148. La perito Diana Molina manifestó ante la Corte que en el hospital Militar HG-1 de Quito la niña Talía, por ser hija de un afiliado al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), recibió durante 10 años la atención médica especializada, incluyendo la

---

171 *Cfr.* Peritaje de Nilda Estela Villacrés y María Yerovi Naranjo de 27 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folios 3875 a 3895).

172 *Cfr.* Peritaje de Diana Molina de 26 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folios 3901 a 3951).

173 *Cfr.* Peritaje de Carmen Carrasco y Juan Sánchez de 26 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folios 3952 a 4013).

174 *Cfr.* Peritaje de Aimée Dubois Sánchez de 26 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folios 4014 a 4027).

175 Prueba ELISA de Talía Gonzales Lluy de 27 de julio de 1998 (expediente de prueba, folio 413).

176 Prueba Western Blot de Talía Gonzales Lluy (expediente de prueba, folio 414).

177 *Cfr.* Peritaje de Carmen Carrasco de 13 de ferbero de 2015 (expediente de prueba, folio 4976).

178 Certificación de NV de 10 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1350).

179 Historia Clínica de Talía Gonzales Lluy de 20 de junio de 2005 (expediente de prueba, folios 1289-1334). Talía Gonzales Lluy ha asistido al internista según los affidavits 23 de septiembre de 2004 (expediente de prueba, folio 1258), 24 de julio de 2006 (expediente de prueba, folio. 1294), 20 de mayo de 2008 (expediente de prueba, folio. 1252), 17 de junio de 2008 (expediente de prueba, folio. 1253), 15 de junio de 2011 (expediente de prueba, folio. 1252) y 26 de enero de 2012 (expediente de prueba, folio. 1234). Visita realizada el 20 de junio de 2005. (expediente de prueba, folio. 1294). Visita realizada 27 de julio de 2012 (expediente de prueba, folio. 1234). Última visita realizada el 27 de Julio 2012 (expediente de prueba, folio. 1234).

180 *Cfr.* Peritaje de Carmen Carrasco de 13 de ferbero de 2015 (expediente de prueba, folio 4978).

181 *Cfr*. Oficio de Talía Gonzales Lluy a Ramiro Ávila de 26 de mayo de 2014 (expediente de prueba, folio 1184-1186); Oficio de Talía Gonzales Lluy a las Autoridades del Ministerio de Salud Pública del Ecuador de 26 de mayo de 2014 (expediente de prueba, folio 1187-1188).

medicación antirretroviral sin que tuviera que realizar ningún pago al hospital[182]. Según la perito, dado el buen estado de salud de Talía, desde 1998 hasta 2004 no fue necesario iniciar con la terapia antirretroviral. La perito precisó que:

> "El acceso a la medicación antirretroviral gratuita y continúa[,] a pesar que no era una política pública explícita durante esa década, sin embargo, se puede decir, que el MSP si destinaba presupuesto para la atención especializada y compra de antirretrovirales desde 1990. Además, dentro de los sistemas públicos de aseguramiento, las personas con afiliación a la Seguridad Social, como el IESS, ISSFA si tenían esas prestaciones. En el hospital Militar HG-1 de la ciudad de Quito, se inici[ó] la atención a pacientes VIH+, incluyendo con medicación antirretroviral en 1996, y se cre[ó] la "Clínica de VIH/SIDA" en el hospital en octubre de 1998, y es así que se puede encontrar que la niña [Talía] por ser hija de un afiliado al ISSFA, recib[ió] durante 10 años (2004-2013) la atención médica especializada, incluyendo la medicación antirretroviral sin [tener] que realizar ningún pago al hospital".

149. Según la perito, en esos años "había inclusive la posibilidad de cambiar de prestador, y continuar teniendo los beneficios de la gratuidad". Agregó que, "en caso de requerir exámenes especializados de laboratorio, que se conseguían en el sector privado, estos eran pagados por el instituto asegurador público:

> En el hospital Vicente Corral Moscoso, hospital público de la ciudad de Cuenca, la niña [Talía] inició a recibir atención médica especializada en 1999, con un equipo multidisciplinario conformado por un médico especialista en [i]nfectología, un médico especialista en dermatología, un médico especialista en hematología, una psicóloga clínica, y atención por el servicio de trabajo social[183]. Desde 1999 hasta el año 2003 la atención especializada estuvo controlando las condiciones de salud. […] La niña estuvo cubierta por el Estado, durante estos años, conforme indica el Memo Epidemiología HVCM, 2015. Al indicarle en el año 2003 que debía iniciar con tratamiento antirretroviral, la madre comunic[ó] que había decidido llevarse a la niña para tratamiento al hospital Militar en Quito.
>
> En el hospital Militar HG-1 en la ciudad de Quito, desde el año 1998 […], el financiamiento de los costos de las prestaciones médicas, que incluye la atención con el equipo integral de profesionales, las pruebas de laboratorio, la medicación especializada y regular, se lo ha[ hecho] con fondos del Instituto de Seguridad Social de la Fuerzas Armadas-ISSFA. En el caso de la niña [Talía] se report[ó] que en enero del 2004 inicia la atención, y durante todo este año, estuvo controlada con exámenes de especialidad. Para las pruebas de laboratorio, se utilizaba los servicios de Laboratorios Clínicos Privados". […]

150. La perito agregó que hasta 2004 Talía no habría necesitado iniciar la terapia antirretroviral, como se refiere el peritaje del Estado:

> Por su buena condición de salud, durante ese año [2004], nunca tuvo necesidad de iniciar con medicación antirretroviral y esta se inició en junio del 2005, que por protocolo de esa época, requirió hospitalización[184].
>
> […]
>
> Según los reportes de valores pagados por el ISSFA se puede demostrar que desde el año 2004, hasta el 10 de enero de 2013, la niña Talía [fue] beneficiaria de la seguridad pública, y por lo tanto, [estuvo] cubierta por el Estado. El monto cancelado por salud de la paciente [Talía] asciende a $

---

182 *Cfr.* Peritaje de Diana Molina de 26 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folio 3921). La perito cita como respaldo el Oficio No. ISSFA-DSS-2015-329-OF.

183 En este punto la perito Diana Molina cita un "Oficio Epidemiología, HVCM, Cuenca, 9 de febrero del 2015", (expediente de prueba, folio 3922). Por su parte la perito Carrasco señaló que "desde 1999 recibió atención integral por parte del hospital Vicente Corral Moscoso interviniendo en diferentes fechas los siguientes profesionales: infectología, dermatología, hematología, trabajo social, psicología".

184 La perito cita en este punto el Informe s/n del Jefe de Servicio de Infectología, HG-1 de febrero 2015, (expediente de prueba, folio 3922).

> 19.435,60 dólares, de los cuales por exámenes de laboratorio especializados asciende a $ 3.646,78 dólares, en medicinas asciende a 15.788,91 dólares.
>
> […]
>
> el Estado Ecuatoriano, a través del ISSFA cubrió los costos de atención médica con un equipo especializado, exámenes de laboratorio especializados y tratamiento antiretroviral, a la niña [Talía], conforme lo reporta el Informe enviado con Oficio No. ISSFA-DSS-2015-329-OF, durante el período 2004-2013, y que ascendió a un valor de 19,435,69 dólares. Y en el período 1999-2003, y desde el 2014, el Estado Ecuatoriano ha cubierto también las atenciones solicitadas por [Talía], por medio del hospital Público Vicente Corral Moscoso, perteneciente al Ministerio de Salud Pública, conforme el Memorando Epidemiología-HCVM-2015.
>
> […] cabe señalar que los pacientes diagnosticados con VIH contaron con apoyo de Consejería para que puedan hacer frente a la enfermedad. En el caso de pacientes menores de edad, el servicio de consejería puede ser provisto también a los padres y/o representantes legales del menor, de manera que puedan brindarle apoyo necesario.

151. Ante una pregunta de los representantes respecto a si desde 1998 en algunos momentos las medicinas para atender el VIH han dejado de ser provistas en hospitales públicos, la perito Molina señaló que "las medicinas antirretrovirales no han dejado de ser provistas por los diferentes subsistemas que conforman la Red Pública y Complementaria de Salud".

152. Por su parte la perito Carmen del Rocío Carrasco informó que en el Ecuador el Ministerio de Salud Pública inició el tratamiento antirretroviral a personas con VIH avanzada en el año 2004. Antes, otras instituciones como las Fuerzas Armadas, la Policía y el IESS comenzaron a brindar atención integral a pacientes. La perito señaló que en relación con Talía se utilizaron "las Guías 2002, 2004, 2007, 2010 y 2012". Sobre algunas situaciones presentadas en el marco de la asistencia sanitaria, la perito informó que:

> "… La paciente [Talía] desde 1999 recibió atención integral por parte del hospital Vicente Corral Moscoso […]. En el año 2003 al indicarle que debía iniciar tratamiento antirretroviral la madre comunic[ó] que había decidido llevársela a la niña para tratamiento en el hospital Militar de la ciudad de Quito.
>
> Luego regresa por segunda ocasión y es readmitida para continuación de su tratamiento el 6 de marzo del año 2009, no trae ninguna documentación de tratamientos previos, se le solicitó a la familia obtener la documentación para enlace del tratamiento, lo cual nunca se cumplió y nuevamente la paciente abandon[ó] sin ninguna notificación el H[ospital Vicente Corral Moscoso].
>
> Es importante anotar que la paciente nunca acudía a las citas programadas con puntualidad para ser atendida cuando se le asignaba, a cargo de la mama demostró falencias en los niveles de responsabilidad de cumplimiento de los trámites tales como: no respetaba el turno ni fecha asignada, porque quería ser atendida inmediatamente de su llegada por varias ocasiones.
>
> La […] madre de [Talía] trató mal al personal del equipo de salud, en diferentes ocasiones por lo que ya no regresó, se supo que la paciente se encontraba recibiendo atención en el hospital Militar de la ciudad de Quito y nuevamente ABANDON[Ó] el hospital el 6 de mayo del 2009. En el año 2014 regres[ó] nuevamente acompa[ñ]ada de miembros de los Derechos Humanos y un familiar para que se le atienda en la UAIPVVS-HVCM, a lo que el D[octor JO] le indic[ó] que es bienvenida si ella así lo considera y que por favor le tra[jera] un informe de la medicación que ha[bía] venido recibiendo para poder hacer el seguimiento[185].

153. Asimismo la perito Carrasco señaló lo siguiente sobre la implementación de un servicio de consejería:

---

[185] La perito Carrasco sustenta estas afirmaciones en el Informe S/N del 9 de febrero de 2015 del MSP-hospital Vicente Corral Moscoso Epidemiología-HVCM-2015 referente a la información histórica sobre VIH/SIDA, emitido por el Líder de la UAIPVVS-HVCM.

> La propuesta de establecer un sistema formal de consejería del H[ospital Vicente Corral Moscoso] para PVVS […] fue solicitada hace aproximádamente 2 años [2013]. Anterior a esta fecha, Consejería era responsabilidad del Departamento de Trabajo Social del H[ospital Vicente Corral Moscoso]. La Dirección Provincial de Salud del Azuay (actualmente Coordinación Zonal 6) dispuso un Programa de Consejería para PVVS […]
>
> La mamá de la paciente la Sra. Teresa Lluy formó parte del primer grupo de auto ayuda para PVVS, del H[ospital Vicente Corral Moscoso] cuya primera reunión se realizó en el Colegio Médico del Azuay en el año 2002, solicitando la Sra. ser coordinadora de dicho grupo, que se constituyó con 5 paciente[s] y luego fue incrementando el número de pacientes, este grupo se descontinúa por varios motivos".

154. Posterior a la atención realizada en el hospital Vicente Corral Moscoso, Talía fue atendida en el hospital Militar de Quito. Sobre la atención en este hospital la perito Carrasco indicó lo siguiente:

> La paciente [Talía] acud[ió] por primera vez al HG1 en el mes de [m]arzo del 2004, había sido diagnosticada de VIH a los 3 años de edad, su seguimiento, por referencia de la madre y de acuerdo a la nota adjunta lo había relizado hasta ese momento el Dr. [JO] en la Ciudad de Cuenca y la paciente había permanecido asintomática. En su primera consulta la paciente se encontraba asintómática, se le realiza[ro]n todos los exámenes de consulta de VIH de primera vez que incluyen Rx de Toraz, PPD, IGG e IGM para toxoplasmosis, Biometría Hemática, Quimia Sanguínea y Carga Viral y CD4.
>
> En su cita con resultados el 23-09-2004, los CD4 en 463, CD8 en 926, la paciente seguía asintomática. De acuerdo a la normativa vigente no requería iniciar tratamiento antirretroviral. A su cita siguiente en el mes de febrero del 2005 la paciente no acud[ió], su madre retir[ó] los pedidos de exámenes y se realiz[ó] Carga Viral y CD4.
>
> Acud[ió] en el mes de junio de 2005 a consulta con un cuadro de lesiones maculares y costrosas generalizadas y diarrea, con ocasional dolor abdominal, se decid[ió] su ingreso, para inciar tratamiento antirretroviral en vista de que en su último resultado ya había CD4 en 236 y carga viral en 38946. Durante su ingreso el Diagnóstico dermatológico [fue] de un prurigo simple por VIH. Se inici[ó] tratamiento con AZT, 3TC y Nelfinavir, terapia de primera línea, basada en inhibidores de proteasa, de acuerdo a guías nacionales e internacionales, no tenía indicación de no nucleosidos por presentar lesiones dérmicas activas, desde entonces la paciente ha tenido controles semestrales, de acuerdo a normativa vigente, en dichos controles se realiza biometría hemática, química sanguínea, EMO, se mantuvo carga viral indetectable desde su siguiente control, desde 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.
>
> En el año 2007 se cambi[ó la] terapia antiretroviral con AZT, 3TC y Efavirenz, por suspenderse la distribución mundial de Nefinavir. Desde entonces la paciente no ha requerido cambio de terapia antirretroviral. No ha presentado infecciones oportunistas por lo que no ha requerido ninguna otra hospitalización, ha permanecido en la mayoría de controles asintomática (ver historia clínica) su problema constante ha sido dermatológico por prurigo simple que se describe en la literatura siempre como de difícil control. El mismo se ha manejado con pentoxifilina y corticoides tópicos. Su última atención de acuerdo al sistema fue en el año 2013, en que se valor[ó] y solicit[ó] exámenes. […] La condición de la paciente durante estos años ha sido la de una portadora del virus del VIH, con carga viral indetectable, como complicación ha presentado prurigo simple que deja secuelas en piel[186].

### *H. Situación de pobreza enfrentada por la Familia Lluy*

155. Ha sido señalado previamente que a Teresa Lluy le fue otorgado un amparo de pobreza para que iniciara la acción civil por daños y perjuicios (*supra* párr. 120). Asimismo, además de las dificultades en el trabajo, Teresa Lluy describió en varias oportunidades que su hija y su familia "ha[bían] sido víctimas de la más cruel discriminación, pues se les ha[bía]

---

[186] La perito Carrasco cita textualmente esta información del Informe S/N del 12 de febrero de 2015 del Comando conjunto de las FF.AA. hospital de Especialidades Fuerzas Armadas No. 1, referente a la información histórica sobre VIH/SIDA. Dra. Paulina Cell Jefe de Servicio de Infectología (expediente de prueba, folios 3978 y 3979).

impedido [tener] vivienda propia"[187]. De acuerdo con las declaraciones de Talía y su familia, fueron obligados a mudarse en múltiples ocasiones debido a la exclusión y el rechazo del que fueron objeto por la condición de Talía, y se vieron forzados a vivir en condiciones desfavorables y en lugares muy apartados debido a que no encontraban un lugar donde quisieran arrendarles una vivienda[188].

## IX
## DERECHO A LA VIDA Y DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

*Alegatos de la Comisión y de las partes*

156. La ***Comisión*** analizó el caso a la luz de la relación de la salud humana con el derecho a la vida digna y el derecho a la integridad personal. Al respecto, observó que desde el momento en que se denunció penalmente el contagio, "el Estado tuvo conocimiento de la situación en la que se encontraba la niña y la necesidad de tratamiento", a pesar de lo cual no se ha recibido respuesta alguna para evitar el deterioro progresivo en su salud e integridad personal. La Comisión consideró que "las obligaciones estatales frente al derecho a la integridad personal y frente a la necesidad de crear las condiciones para permitir una existencia digna, leídas conjuntamente con el deber de especial protección de la niñez y el principio de interés superior del niño o la niña, imponían al Estado dar una respuesta eficaz que debía materializarse en el acceso de [Talía] al tratamiento que requería". Agregó que la responsabilidad del Estado no se encuentra limitada por las obligaciones mínimas de regulación, supervisión y fiscalización, "sino que además incluye la falta de respuesta tras tomar conocimiento del contagio a través de múltiples mecanismos. A la fecha, el Estado ha ignorado la situación de una niña en extrema situación de vulnerabilidad bajo su jurisdicción, generando así una afectación adicional a su integridad personal y a las posibilidades de llevar adelante una vida digna, y exponiéndola a una situación de discriminación". Asimismo, la Comisión consideró que el Estado es responsable por la violación de la integridad psíquica y moral de la madre y el hermano de Talía. Por otra parte, la Comisión resaltó que no existía prueba de que al momento de los hechos las entidades privadas involucradas fueran objeto de regulación, supervisión o fiscalización, que no había surgido una hipótesis distinta a la transfusión de sangre que pudiera sugerir otra vía de contagio y que existieron varias irregularidades y contradicciones en los pocos registros existentes y que, "en este escenario, el Estado se limitó a negar su responsabilidad por tratarse de entidades privadas y no a conducta estatal".

157. Por otra parte, en relación con el exámen ginecológico realizado a Talía Gonzales Lluy a pedido de su madre, la Comisión observó que, "de haber algún impulso de las autoridades estatales para la realización de la prueba, el análisis debe centrarse en si la misma estuvo justificada o no en las circunstancias del caso." La Comisión indicó que "no ha identificado razones o factores que pudieron haber justificado el proceder a un examen de esta naturaleza, con los efectos que el mismo podría generar en una niña de tres años y cuando la prueba

---

[187] Solicitud de amparo de pobreza hecha al Juez de lo Civil de Cuenca de 26 de septiembre de 2001 (expediente de prueba, folio 314).

[188] De acuerdo con las declaraciones de Talía y su familia, cuando los propietarios de los lugares donde arrendaban se enteraban de la enfermedad de Talía, "valiéndose de cualquier artimaña [l]os echa[ba]n a la calle. Solicitud de amparo de pobreza hecha al Juez de lo Civil de Cuenca de 26 de septiembre de 2001 (expediente de prueba, folios 313 y 314). En el mismo sentido, Talía declaró que "[le]s tocó salir del lugar donde vivía[n]" y que "[s]iempre [lo]s botaban de todos los lugares donde [le]s tocaba ir a vivir". Como no encontraban un lugar donde les quisieran arrendar, "[un día[se] fue[ron] al campo a vivir en un cuarto muy feo, parecía un hueco, estaba sucio, el piso era de tierra, hacía mucho frío y entraba el agua cuando llovía [su] mam[á] y [su herman]o [la] abrigaban para que no [s]e enferm[ara] y [l]e daban de comer, ellos temblaban de frío y no comían". Escritura de declaración juramentada otorgada por Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folio 1096).

apuntaba a que la fuente del contagio había sido la transfusión de sangre sin que existiera indicio alguno de posible contagio por vía sexual".

158. Los ***representantes*** alegaron violaciones al derecho a la vida y al derecho a la integridad personal en relación con el derecho a la salud. Consideraron que se vulneró "la obligación negativa[, respecto al derecho a la vida,] al contaminar la sangre de Talía", por lo que el Estado "tiene responsabilidad al no tener un sistema de control que prevenga esta violación en el sector privado de salud". Por otro lado, alegaron que se vulneró la obligación positiva, "en tanto que, sin prestaciones básicas, que implican el diagnóstico, la atención permanente, y la provisión de medicinas, de manera cotidiana y periódica, simplemente los portadores de VIH morirían irremediablemente". Los representantes señalaron que el Estado violó la integridad personal de Talía, porque, "durante todos los años contados a partir desde que tuvo conocimiento del contagio de sangre contaminada a Talía, [no] puso en funcionamiento mecanismos adecuados, ni sancionó administrativ[a o] judicialmente a las personas responsables". Además, señalaron que la Cruz Roja al ser la única entidad con bancos de sangre al momento de producirse los hechos, y al no tener supervisión ni fiscalización "generó una situación de riesgo que el propio Estado debía haber conocido" por lo que se generó una responsabilidad como consecuencia de la omisión del cumplimiento del deber de supervisar la prestación de sus servicios. Añadieron que la familia Lluy no recibió un servicio médico de calidad, puesto que "no había personal suficiente, no tenían los laboratorios todas las pruebas necesarias para examinar la sangre (al punto que se tuvo que solicitar a laboratorios de Quito que verificaran la sangre)[ y] el personal de la Cruz Roja y del hospital donde estaba Talía no sabía manejar las muestras de forma adecuada". El servicio médico tampoco fue aceptable puesto que "no supieron actuar y no pueden aún ahora actuar de forma responsable frente a un acto negligente y violatorio de derechos fundamentales, tampoco estaba adecuado para atender a niñas de tres años que necesitaban sangre". Además, alegaron que las presuntas víctimas "nunca recibieron de parte del Estado información alguna que les ayudara a entender el problema que estaban atravesando".

159. Por otra parte, los representantes alegaron la violación del derecho a la salud en el marco del artículo 26 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy. En virtud de ello, solicitaron que la Corte realice una interpretación contextual, evolutiva y literal de los derechos a la luz de los desarrollos doctrinarios contemporáneos y de las disposiciones del artículo 29 de la Convención. Al respecto, señalaron que el artículo 26 debe ser plenamente exigible y no debe ser interpretado de forma restrictiva, en el sentido de que los derechos económicos, sociales y culturales no sólo tienen dimensiones de cumplimiento progresivo sino también de efecto inmediato. De acuerdo con los representantes, el contenido de estos derechos debe leerse por la teoría del *corpus iuris,* a la luz del Protocolo de San Salvador, la doctrina del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC"), de otros instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el Ecuador y de su Constitución Política. Los representantes indicaron que "el derecho que mejor encuadra la solución del caso es la salud y no la integridad física", que "[c]ada uno de los derechos humanos tienen contenido propio"; y que se debe tener en cuenta la evolución de la exigibilidad de los derechos sociales en cortes nacionales, en el sistema de Naciones Unidas, y en el sistema interamericano.

160. Los representantes alegaron que el examen ginecológico practicado a Talía cuando tenía tres años de edad "fue una de las experiencias más traumáticas de su vida". Además, los representantes señalaron que el consentimiento informado es fundamental para no violar el derecho a la vida privada. Al respecto, señalaron que la práctica de dicho examen violó los derechos a la vida privada, salud y a la integridad personal. Por otra parte, teniendo en cuenta diversos problemas de acceso a la información respecto a la transfusión de sangre y

la realización del examen ginecológico, los representantes alegaron la violación del artículo 13 de la Convención Americana.

161. El ***Estado*** reconoció en la audiencia pública "que en la época en la que ocurrieron los lamentables hechos que configuraron este caso, no debió haber delegado a un ente privado las funciones rectoras en el sistema nacional de sangre". Por otra parte, el Estado adujo que en este caso "afortunadamente no se discute la privación del derecho a la vida, sino la supuesta vulneración de este derecho dentro del estándar de condiciones de vida digna". El Estado argumentó que "si la persona no se encuentra internada dentro de una institución pública o privada […], sino más bien bajo la protección de la familia y de su propia disciplina para cumplir con tratamientos […], no puede verificarse de manera directa su condición de garante en estricto sentido" ni la obligación de cuidado reforzada y especial por razón de custodia de pacientes, obligación no aplicable al caso de Talía. Por otra parte, el Estado informó que Talía "se encuentra en compañía de su familia recibiendo atención médica del Estado y […] contando con un acompañamiento psicológico público". En lo que refiere a la obligación de control y fiscalización de organismos privados, el Estado informó que "cuenta con tres sistemas de vigilancia, monitoreo y planificación" que satisfacen la obligación de proteger la integridad física, a saber: i) el Sistema de Vigilancia Epidemiológico con el objetivo de implementar una vigilancia de Segunda Generación con la implantación de estudios centinelas en las poblaciones de mayor exposición; ii) el Sistema Integrado de Información que apoya el monitoreo y la atención de los pacientes y el desempeño de los proveedores de servicios en VIH y SIDA en los distintas UAI y, iii) el Sistema Integrado de Monitoreo y Evaluación que "sirve para planificar y monitorear la ejecución tanto programática como financiera". Por todo lo anterior el Estado consideró que no había vulnerado el derecho a la vida digna de Talía.

162. El Estado precisó que "al tiempo en que se dieron los hechos materia de análisis en el presente caso, la regulación de los servicios y prestaciones de salud se encontraba establecida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la norma constitucional, pasando por disposiciones legales y reglamentarias, en cuanto al funcionamiento de entidades encargadas de servicios transfusionales y bancos de sangre". Asimismo, hizo mención de diversas disposiciones internas que regularían aspectos como la prestación de servicios de salud, el funcionamiento de bancos de sangre, asistencia a pacientes con VIH y los derechos de los pacientes, entre otros.

163. En consecuencia, el Estado alegó que "no ha incumplido su deber de regulación al establecer un marco normativo adecuado que regula la prestación de servicios de salud, con estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permite prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones". Además el Estado alegó que, con el fin de supervisar y fiscalizar periódicamente el funcionamiento de los bancos de sangre del país, ha desarrollado diversas actividades enfocadas a evaluar, mejorar, establecer estándares de calidad y auditar los bancos de sangre públicos y privados.

164. Además, el Estado argumentó que ha cumplido con su deber de regular, supervisar y fiscalizar a las instituciones que prestan servicios de salud, "toda vez que la autoridad sanitaria nacional poseía atribuciones administrativas, a través del Código de Salud vigente en esa época, para fiscalizar a los prestadores del servicio de salud y establecer sanciones a que hubiere lugar". De igual manera, alegó que "estuvieron permanentemente disponibles todas las acciones y servicios de salud en el sector público para su atención médica y psicológica, sin embargo, el hecho de que por decisión propia no se hayan utilizado estos medios estatales, no significa de modo alguno que éstos les hayan estado vedados, pues el acceso gratuito, inmediato y permanente a estos servicios por parte del Estado estuvo garantizado". El Estado enfatizó que se ha priorizado la estrategia sobre VIH/SIDA, "que

cuenta con su propio proyecto de inversión en el cual solo en los últimos años se han invertido más de 50 millones de dólares, enfocados exclusivamente a esta patología, incluyendo el acceso gratuito a los esquemas internacionales de tratamiento de forma gratuita para todos los pacientes que lo requieran, así como la provisión de servicios de diagnóstico, prevención, promoción y manejo integral". Resaltó que "es dentro de este nivel de servicios de salud que Talía ha sido atendida y sigue siendo atendida".

165. El Estado afirmó que la perspectiva de los representantes sobre el artículo 26 no cumple las condiciones de justiciabilidad requeridas para considerar al caso como de carácter contencioso, configurando un "'caso abstracto', que más bien se ubica dentro de la dimensión consultiva y de promoción de derechos, que bien puede ser desarrollada dentro de un informe técnico o temático de la Comisión Interamericana". Agregó que "no es posible acusar al Estado de estancamiento en las políticas públicas relacionadas con el sector social, ni de retroceso en los programas sociales, circunstancias que permitirían mostrar un patrón eventualmente violatorio de [los derechos económicos, sociales y culturales]". El Estado resaltó que "ha demostrado notables avances en la prestación de servicios públicos, y concreción jurídica de derechos económicos, sociales y culturales"[189].

166. Finalmente, el Estado alegó que Teresa Lluy acudió de manera voluntaria a solicitar el examen ginecológico para su hija, y destacó que dicha solicitud consta en el certificado médico emitido luego de dicho examen. Asimismo, señaló que si la práctica del examen hubiese sido iniciativa procesal del juez penal, éste tendría que haber designado peritos médicos especializados para su realización. En virtud de ello, concluyó que "ninguna autoridad judicial ni administrativa, solicitó u ordenó a la señora Teresa Lluy que se le practi[cara] un examen de reconocimiento ginecológico a su hija[. D]icho examen […] se realizó […] por iniciativa propia de la señora Lluy, quien incorporó por su cuenta […] este documento al juicio penal".

*Consideraciones de la Corte*

167. A continuación la Corte analizará: A) el derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la salud en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud privados; y B) la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la asistencia sanitaria en el marco del derecho a la vida y a la integridad personal, ambos en relación con Talía González LLuy. Posteriomente, se examinará C) el derecho a la integridad personal de Teresa Lluy e Iván Lluy.

168. Esta Corte ha sostenido que, en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación *erga omnes* de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos[190]. Por consiguiente, los

---

[189] Así, "dentro de la presentación del [Exámen Periódico Universal] 2012 ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 94% de las intervenciones de los 72 Estados, además de expresar felicitaciones por su política social, manifestaron su interés para conocer en mayor detalle las metodologías y programas implementados por el Ecuador, exhibiendo sus mayores logros en derechos de los discapacitados, adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, interculturalidad y plurinacionalidad, derecho a la salud y derecho a la educación". Asimismo, el Estado hizo énfasis en la noción de *derechos del buen vivir* desarrollada a partir de la Constitución de 2008, los cuales reconocen la interdependencia e integralidad de los derechos, como el derecho a la educación, la salud y el trabajo, entre otros. En relación al derecho a la salud, el Estado indicó que "al tiempo de presentación y evaluación del [Exámen Periódico Universal] 2012, el gobierno actual ha invertido en salud entre 2007 y 2010, 3.539 millones de dólares, más del doble del total de inversión de los tres últimos gobiernos anteriores al 2007" y que el Ecuador destinó "184 millones de dólares anuales para medicina gratuita, bajo el concepto de que las medicinas son bienes sociales y no comerciales".

[190] *Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 127. En ese mismo sentido, *Condición Jurídica y Derechos*

Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)[191]. En este sentido, la Corte ha establecido que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre[192].

169. El artículo 4 de la Convención garantiza no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida[193].

170. La obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos[194]. No obstante, la Corte ha considerado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los mismos frente a cualquier acto o hecho de particulares; pues, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde atenerse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía[195]. En este sentido, la Corte deberá verificar si le es atribuible responsabilidad internacional al Estado en el caso concreto.

171. En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana[196], y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención[197]. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de

---

*de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

191 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párrs. 165 y 166, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 127.

192 *Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 127.

193 *Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.* Serie C No. 149, párrs. 99 y 125, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 134.

194 *Cfr. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*, párr. 111, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 129. En ese mismo sentido, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 140.

195 *Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 129.

196 *Cfr. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 117, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 130.

197 *Cfr. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 157, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 130.

dicha regulación[198]. Por esta razón, se debe determinar si en el presente caso se garantizó la integridad personal consagrada en el artículo 5.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma.

172. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello[199]. Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a […] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad". Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos [… para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social"[200]. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Ecuador el 25 de marzo de 1993 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público[201].

---

198 *Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párrs. 89 y 90, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 130. Véase también: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH"), *Caso Lazar Vs. Rumania,* No. 32146/05. Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2010, párr. 66; *Caso Z Vs. Polonia*, No. 46132/08. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de noviembre de 2012, párr. 76, y Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 12, 33, 35, 36 y 51.

199 *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 101, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 131. En el mismo sentido: *cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Véase también: TEDH, *Caso Airey Vs. Irlanda*, No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26 y *Caso Sidabras and Dziautas Vs. Lituania*, Nos. 55480/00 y 59330/00. Sección Segunda. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47. En el Caso *Airey Vs. Irlanda* el Tribunal Europeo señaló: "Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio".

200 El artículo 26 de la Convención Americana (Pacto de San José) refiere al desarrollo progresivo "de los derechos que se derivan de las normas económicas [y] sociales […], contendidas en la Carta de la [OEA] […] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Contenido en dicha referencia se encuentra el derecho a la salud. Respecto a las obligaciones de los Estado en relación con Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto". Asimismo, indicó que "[e]ntre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observ[ó], por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos". *Cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrs. 2 y 5.

201 Dicho artículo establece que: "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; [y] b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado".

Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas[202].

173. Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todos los servicios, artículos e instalaciones de salud deben cumplir con requisitos de *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*. En torno a estos elementos esenciales del derecho a la salud el Comité ha precisado su alcance en los siguientes términos:

> a) *Disponibilidad*. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.
>
> b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
>
> i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
>
> ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas con VIH/SIDA. […]
>
> iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.
>
> iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.
>
> c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.
>
> d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y

---

202 *Cfr.* OEA, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2011, párrs. 66 y 67. En este documento se establece que: "El Protocolo hace referencia a la satisfacción de derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo y continuo de un sistema de cobertura para toda la población del país […] además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas". Asimismo, dentro de los indicadores referidos se incluyen: "Existencia de instancias administrativas para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la salud. Competencias de los Ministerios o de las Superintendencias para recibir quejas de los usuarios del sistema de salud. Políticas de capacitación de jueces y abogados en materia de derecho a la salud". En este mismo sentido, *cfr.* Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10. Véase también OEA, Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012, AG/doc.5242/12 rev. 2.

> médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas[203]

174. En relación con la condición de niña de Talía Gonzales Lluy, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño[204] consagra "el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud". De acuerdo al artículo 2.b) de esa norma, los Estados partes "adoptarán las medidas apropiadas para […] [a]segurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud".

### *A. Derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la salud en cuanto a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud privados*

175. Dado que en el presente caso la interferencia al derecho a la vida y a la integridad personal (contaminación con sangre infectada por VIH) se originó en la conducta de terceros privados (institución de salud y Banco de Sangre privados) la Corte considera relevante retomar sus pronunciamientos previos sobre la responsabilidad internacional por hechos que se derivan de la conducta de prestadores privados de salud. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte precisó que:

> 89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.
>
> 90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos[205]. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud[206].

---

[203] Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

[204] El Ecuador ratificó dicha Conveción el 23 de Marzo de 1990 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

[205] En este punto, en el caso *Ximenes Lopes* la Corte señaló que entre los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad. *Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 86, y Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional 53° sesión, 2001. Documento de la ONU A/56/10. Texto introducido en el anexo de la Resolución 56/83 de 28 de enero de 2002, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[206] *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párrs.89 y 90. Por su parte el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante "Comité de la CEDAW" ha señalado que el Estado es directamente responsable por las acciones de las instituciones privadas cuando terceriza servicios médicos, y adicionalmente, que el Estado siempre es responsable del deber de regular y monitorear las instituciones privadas de salud. Alyne da Silva Pimentel v. Brasil, Comité de la CEDAW, Agosto 10, 2011. UN.Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008.

176. A continuación se analizarán los hechos del caso a la luz de la obligación de regular y supervisar la prestación de servicios del Banco de Sangre de gestión privada que intervino en el presente caso. Cabe resaltar que dicho análisis tiene en cuenta la obligación estatal en relación con la *aceptabilidad* de los establecimientos, bienes y servicios de salud (que "deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados"), y su *calidad* ("los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad") (*supra* párr. 173). En efecto, estas nociones de aceptabilidad y calidad implican una referencia a los estándares éticos y técnicos de la profesión y que han sido establecidos en el campo de la donación y transfusión de sangre.

177. Sobre el contenido de la obligación de regulación, en casos previos la Corte ha señalado lo siguiente:

> [L]os Estados son responsables de regular […] con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones, […] presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes[207].

178. En este punto la Corte considera que existen ciertas actividades, como el funcionamiento de bancos de sangre, que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas y, por lo tanto, los Estados están en la obligación de regularlas de manera específica[208]. En el presente caso, dado que la Cruz Roja, entidad de carácter privado, era la única entidad con la responsabilidad del manejo de bancos de sangre al momento de producirse los hechos, el nivel de supervisión y fiscalización sobre dicha institución tenía que ser el más alto posible teniendo en cuenta el debido cuidado que se debe tener en actividades asociadas a transfusiones de sangre y dado que existían menos controles que aquellos a los que se someten los funcionarios estatales por la prestación de servicios públicos[209].

---

[207] *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 99, y y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 134.

[208] Al respecto, ver el peritaje de Christian Courtis en la audiencia pública celebrada en este caso. Asimismo la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que "los bancos de sangre son instituciones -privadas o públicas- que tienen una responsabilidad con la salud pública, por cuanto actúan como filtro para evitar que, a través de la extracción y donación de sangre, se diseminen enfermedades infecciosas. Además, tienen la obligación de garantizar que la sangre y sus hemocomponentes cumplan con un máximo de calidad adecuado para las instituciones prestadoras de salud que requieran del suministro de sangre para salvaguardar, principalmente, los derechos a la salud y a la vida de quienes tienen a su cargo. […] La actividad ejercida por los bancos de sangre es de interés público, y en esa medida, se trata de una labor que es estrictamente reglada por el Estado, ya que implica cuestiones tan relevantes como la preservación de la salud y la salubridad pública". *Cfr.* Sentencia T-248/12 de la Corte Constitucional de Colombia de 26 de marzo de 2012.

[209] En un caso relativamente similar la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia analizó la forma como la víctima adquirió el VIH en el marco de transfusiones de sangre que había recibido como consecuencia de heridas por arma de fuego ocasionadas por disparos de miembros del Ejército. Dentro de dicha atención médica, le fueron transfundidas a la víctima cinco bolsas de sangre, de las cuales tres no habían sido objeto de las respectivas pruebas de control de calidad de sangre para el control del VIH/SIDA. Respecto del argumento de la entidad demandada según el cual dadas las condiciones críticas de la paciente no fue posible realizar previamente el respectivo análisis de la sangre que se le iba a trasfundir, la Sala estimó necesario precisar que: "dicho argumento resulta absolutamente desafortunado, como quiera que es deber de las instituciones de salud contar con las debidas reservas de unidades sangre para eventuales casos de urgencia o emergencia en los cuales se requieran. Así pues, resulta lógico y natural que una institución médica cuente con los debidos insumos médicos y clínicos para brindar a los pacientes una correcta atención y no puede escudarse en su propia negligencia e imprevisión para exculparse de la responsabilidad que le corresponde, máxime tratándose de un insumo de tanta importancia y necesidad como las unidades de sangre". Sobre el particular, la jurisprudenica de la Sala ha

179. La Corte nota que al momento de los hechos, el Ecuador contaba con una regulación general sobre el derecho a la salud contenida en el Código de la Salud de 1971 (*supra* párr. 70). Este Código indicaba que la autoridad de salud establecería las normas y los requisitos que deben cumplir los establecimientos de atención médica, y los inspeccionará y evaluará periódicamente. De igual manera, establecía que los establecimientos de atención médica someterían a la aprobación de la autoridad de salud sus programas anuales y sus reglamentos (*supra* párr. 70). Este Código no estipulaba ni regulaba el suministro de sangre o sus derivados, ni estableció sanción alguna en este campo[210].

180. La Corte nota que si bien el Código de la Salud del año 1971 no contaba con regulaciones específicas sobre el funcionamiento de los bancos de sangre, desde 1984 y 1986 existían leyes que regulaban las donaciones voluntarias de sangre, así como el aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados (*supra* párr. 74). Posteriormente, en 1987 se establecieron normas que regulaban la práctica obligatoria de pruebas de VIH a todas las unidades de sangre y sus derivados, en todos los bancos de sangre del Ecuador (*supra* párr. 71). Además, las normas señalaron las autoridades en materia de salud encargadas de sancionar el incumplimiento de estas normas[211].

181. Asimismo, en normativas creadas en 1992 y 1998 se identificaron organismos, como la Secretaría Nacional de Sangre, encargados de supervisar el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y manuales operativos, señalando las sanciones contempladas en caso de inobservancia de dichas disposiciones y manuales (*supra* párr. 71). Adicionalmente, en 1998 se estableció el marco bajo el cual debían funcionar los bancos de sangre para la colecta de sangre y su disposición final, a fin de evitar la transmisión de infecciones mediante la transfusión (*supra* párr. 72). En el mismo sentido, la Constitución Política de 1998 contemplaba la formulación de la política nacional de salud y la vigilancia de las empresas que se dedicaran a los servicios de salud privados (*supra* párr. 73).

---

establecido que "cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber. […] En cuanto a la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante, debe advertirse que aquélla no puede provenir de un análisis abstracto o genérico, pues, en efecto, si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo con una formulación amplia de la posición de garante, se requiere para formular la imputación que, adicionalmente: i) el obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo. […] Así pues, debe advertirse –igualmente- que las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, deben mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. […] Por consiguiente, no se trata de una abstracta atribución o de un genérico e impreciso deber de vigilancia y control, sino de su grave incumplimiento por parte de la Administración Pública de tales deberes, todo lo cual produjo las nefastas consecuencias vistas en este asunto y en el caso al cual se ha hecho referencia. *Cfr.* Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Rad. 25000-23-26-000-2003-01881-01(38738).

210 *Cfr.* Peritaje de Jimmy Tandazo y Carolina Zevallos 20 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folio 4034).

211 Al respecto, las normas señalan que "[e]l control del cumplimiento de este Acuerdo estarán a cargo de la Cruz Roja Ecuatoriana", asi como que "[l]as autoridades o personas que no acataren [dichas normas] serán sacionadas por las autpridades de salud, de conformidad con el Códgio de Salud". Registro Oficial No. 794. Reglamento 8001. Acuerdo de obligatoriedad de realización de pruebas de VIH en todas las unidades de sangre y derivados de 20 de Octubre de 1987 (expediente de prueba, folio 2691).

182. La delegación a la Cruz Roja del manejo de los bancos de sangre se mantuvo hasta 2006, cuando se expidió la Ley Orgánica de Salud, en la cual el Estado volvió a asumir la rectoría de los bancos de sangre[212].

183. Si bien es cierto que la normativa vigente al momento de los hechos no especificaba la manera concreta y la periodicidad en la que se llevaría a cabo el monitoreo o la supervisión, ni los aspectos concretos que serían monitoreados o supervisados, este Tribunal considera que existía una regulación en la materia que tenía como objetivo controlar la calidad del servicio de tal forma que a través de transfusiones de sangre no se contagiaran enfermedades como el VIH. Dada esta conclusión sobre el tema de regulación, la Corte concentrará su análisis en los problemas de supervisión y fiscalización.

184. Al respecto, cabe resaltar que el deber de supervisión y fiscalización es del Estado, aun cuando el servicio de salud lo preste una entidad privada. El Estado mantiene la obligación de proveer servicios públicos y de proteger el bien público respectivo[213]. Al respecto, la Corte ha establecido que "cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población […]. El servicio de salud público […] es primariamente ofrecido por los hospitales públicos; sin embargo, la iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, también provee servicios de salud bajo los auspicios del [Estado]. En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato […], la persona se encuentra bajo cuidado del […] Estado"[214]. Por otra parte, la Corte ha citado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para señalar que el Estado mantiene el deber de otorgar licencias y ejercer supervisión y el control sobre instituciones privadas[215]. Además, se ha señalado que la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares[216]. La Corte ha precisado el alcance de la responsabilidad del Estado cuando incumple estas obligaciones frente a entidades privadas en los siguientes términos:

> Cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo[217].

185. En un caso similar al presente el Tribunal Europeo analizó la situación de un menor de edad quien requirió varias transfusiones de sangre y plasma durante los primeros dos meses de su vida. Sus padres adquirieron de la Cruz Roja de Turquía la sangre y el plasma

---

212 *Cfr.* Ley Orgánica de Salud (expediente de prueba, folio 4243).

213 *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 144.

214 *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 95, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 144.

215 *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 151. En el caso *Caso Storck vs. Alemania* el Tribunal Europeo estableció que: "El Estado tiene la obligación de asegurar a sus ciudadanos su derecho a la integridad física, bajo el artículo 8 del Convenio [Europeo de Derechos Humanos]. Con esa finalidad, existen hospitales administrados por el Estado, que coexisten con hospitales privados. El Estado no puede absolverse completamente de su responsabilidad al delegar sus obligaciones en esa esfera a individuos u organismos privados. […][E]l Estado mant[iene] el deber de ejercer la supervisión y el control sobre instituciones […] privadas. Tales instituciones, […] necesitan no sólo una licencia, sino también una supervisión competente y frecuente, para averiguar si el confinamiento y el tratamiento médico están justificados." *Cfr.* TEDH. *Caso Storck Vs. Alemania*, No. 61603/00. Sección Tercera. Sentencia de 16 de junio de 2005, párr. 103.

216 *Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 141, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 149.

217 *Cfr. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*, párr. 119, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 150.

requeridos. Cuatro meses después de que el personal del hospital aplicara las transfusiones de sangre, los padres se enteraron de que su hijo había contraído el virus del VIH. Posteriormente, el Gobierno descubrió que una persona que había donado sangre a la Cruz Roja turca era VIH positiva y que ese donante en particular había donado anteriormente cantidades de sangre y plasma. Se supo entonces que una unidad de plasma que se le había aplicado al bebé había provenido de ese mismo donante VIH positivo. Después de una serie de procedimientos, incluyendo uno civil en contra de la Cruz Roja y uno administrativo en contra del Ministerio de Salud, que duraron más de nueve años, el Tribunal Administrativo determinó que el personal del Ministerio de Salud había desempeñado sus deberes de modo negligente. Las compensaciones otorgadas cubrieron solamente los costos de un año de tratamiento médico y fueron insuficientes para cubrir los costos de las medicinas. Al analizar el caso, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta la duración excesiva del proceso administrativo, consideraciones generales de salud pública y al cuidado y la prevención de errores similares y declaró la violación del derecho a la vida[218].

186. En el presente caso, en la normativa remitida por el Estado se observa que la Secretaría Nacional de Sangre, órgano auxiliar de la Cruz Roja, era la entidad a cargo de aplicar las sanciones por el incumplimiento de las normas del Reglamento sobre el manejo de la sangre (*supra* párr. 71). La Corte observa que ello implica una delegación de funciones de monitoreo y supervisión a la propia entidad privada a la que se le habían delegado la tarea de manejar los bancos de sangre, lo cual resulta especialmente problemático respecto a la debida diligencia en diseños institucionales de fiscalización, dado que esta tarea debe ser efectuada por el Estado. En este punto el Tribunal retoma el reconocimiento del Estado en el sentido de que no debió delegar en esta forma el manejo de los bancos de sangre a la Cruz Roja, es decir, una delegación que no establecía niveles adecuados de supervisión. Cabe resaltar que en el expediente no se encuentra evidencia de actividades de monitoreo, control o supervisión al banco de sangre con anterioridad a los hechos.

187. Por otra parte en el caso bajo análisis el nexo causal entre la transfusión de sangre y el contagio con VIH estuvo asociado a estos hechos probados: i) el 22 de junio de 1998 Talía fue diagnosticada con la púrpura trombocitopénica y le fue indicado a su madre que requería de manera urgente una transfusión de sangre y plaquetas; ii) el mismo día, la madre de Talía acudieron al Banco de Sangre de la Cruz Roja donde le indicaron que debía llevar donantes; iii) la sangre del señor HSA fue recibida en el Banco de Sangre y los productos sanguíneos derivados de ella fueron despachados por dicho Banco el mismo 22 de junio de 1998 para la transfusión a Talía; iv) la transfusión comenzó ese mismo día y continuó al día siguiente; v) la sangre del señor HSA fue sometida a los exámenes respectivos, incluido el de VIH, recién al día siguiente; vi) el resultado del dicho examen dio positivo; vii) no existe información que indique que Talía hubiera contraído VIH antes del 22 de junio de 1998, y viii) los peritos médicos y la prueba genética practicada por la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica coincidieron en atribuir el contagio a la transfusión de sangre. Como se observa, el contagio de VIH ocurrió como consecuencia de la transfusión de sangre no examinada previamente y proveniente del Banco de Sangre de la Cruz Roja.

188. Asimismo, en el juicio penal, mediante varias declaraciones por parte de las personas que trabajaban en la Cruz Roja y en el hospital donde se encontraba Talía, se desprende que los turnos no estaban bien organizados y que existían fallas en los registros. En ese sentido,

---

[218] El Tribunal resaltó que la familia tuvo que cubrir los altos costos de los tratamientos y las medicinas y que el daño inmaterial otorgado solamente cubrió un año de dichos costos. El Tribunal, considerando los hechos del caso, concluyó que además del pafo del daño inmaterial se debió haber requerido que se cubriera los costos de tratamiento y medicamentos de la vícitma por el resto de su vida. TEDH, Oyal Vs. Turquía. No. 4864/05. Sección Segunda. Sentencia de 23 de marzo de 2010.

la Corte resalta que las pruebas en el proceso penal indican que el Banco de Sangre de la Cruz Roja funcionaba: i) con muy escasos recursos[219]; ii) sin crear y mantener registros con información detallada y completa sobre los donantes, las pruebas realizadas y las entregas de productos sanguíneos[220]; iii) con irregularidades y contradicciones en los pocos registros existentes[221] (siendo un ejemplo de ello los registros relativos a la entrega de sangre para Talía, los cuales tenían borrones), y iv) el personal mantenía la práctica de no registrar las entregas de sangre que se efectuaban con posterioridad a las 6 pm, que fue precisamente la situación de los productos sanguíneos entregados para la víctima del presente caso[222].

189. En el presente caso la Corte considera que la precariedad e irregularidades en las que funcionaba el Banco de Sangre del cual provino la sangre para Talía es un reflejo de las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las obligaciones de supervisar y fiscalizar por parte de los Estados. La insuficiente supervisión e inspección por parte del Ecuador dio lugar a que el Banco de Sangre de la Cruz Roja de la Provincia del Azuay continuara funcionando en condiciones irregulares que pusieron en riesgo la salud, la vida y la integridad de la comunidad. En particular, esta grave omisión del Estado permitió que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH, fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño permanente a su salud.

190. Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad. En efecto, en el presente caso se ha violado la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía Gonzales Lluy en una entidad privada. Por otra parte, en algunos momentos de desmejora en sus defensas, asociada al acceso a antirretrovirales, lo ocurrido con la transfusión de sangre en este caso se ha reflejado en amenazas a la vida y posibles riesgos de muerte que incluso pueden volver a surgir en el futuro[223].

191. En virtud de lo mencionado en este segmento, dado que son imputables al Estado el tipo de negligencias que condujeron al contagio con VIH de Talía Gonzales Lluy, el Ecuador es responsable por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida, lo cual vulnera los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma.

---

219 *Cfr*. Inpección judicial al Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay de 22 de junio de 2001 (expediente de prueba, folio 222); Testimonio indagatorio de EO de 28 de junio de 2001 (expediente de prueba, folio 233), e Informe de los peritos NV y JP de 17 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folios 91 a 98).

220 *Cfr*. Informe de los peritos NV y JP de 17 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folio 97).

221 *Cfr.* Diligencia de reconocimiento de archivo de 18 de mayo de 2000 (expediente de prueba, folio 145); Testimonio indagatorio de EO de 28 de junio de 2001 (expediente de prueba, folio 233).

222 *Cfr.* Testimonio indagatorio de EO de 28 de junio de 2001 (expediente de prueba, folios 233 y 234), e Informe de los peritos NV y JP de 17 de agosto de 1998 (expediente de prueba, folio 97).

223 En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se han analizado violaciones del derecho a la vida relacionadas con afectaciones a la vida de las personas que, si bien no fallecen, sufrieron de secuelas y afectaciones por atenciones médicas indebidas. *Cfr.* TEDH, Oyal Vs. Turquía. No. 4864/05. Sección Segunda. Sentencia de 23 de marzo de 2010, párr. 55, y G.N. y otros Vs. Italia. No. 43134/05. Sección Segunda. Sentencia de 1 de diciembre de 2009.

### *B. Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la asistencia sanitaria en el marco del derecho a la vida y a la integridad personal*

192. En el presente caso se alega, entre otros aspectos relacionados con la asistencia sanitaria, que Talía en diversos momentos no ha recibido atención oportuna y adecuada, ni un tratamiento pertinente y que ha tenido algunos obstáculos para el acceso a medicamentos.

193. Al respecto, la Corte nota que el Protocolo de San Salvador establece que entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben impulsar "la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas"; "la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole", y "la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables"[224]. Obligaciones similares establece el artículo 12(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este marco de obligaciones se insertan diversos deberes en relación con el acceso a medicamentos. De acuerdo con la Observación General No. 14, el derecho al más alto nivel posible de salud genera algunas obligaciones básicas y mínimas, que incluyen "[f]acilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS"[225].

194. El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud[226]. En particular, el Consejo de Derechos Humanos y la antigua Comisión de Derechos Humanos han emitido resoluciones que reconocen que "el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"[227].

195. Al respecto, la Corte considera que las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante "OACNUDH") y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (en adelante "ONUSIDA") constituyen una referencia autorizada

---

224 Artículo 10.2 del Protocolo de San Salvador.

225 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 43(d).

226 *Cfr.* Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre 'El acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental' (11 de junio de 2013) UN Doc A/HRC/23/L.10/Rev.l párr. 2; Asamblea General de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Paul Hunt ' (13 de septiembre de 2006) UN Doc A/61/338 párr. 40, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, relativo al acceso a los medicamentos' (1 de mayo de 2013) UN Doc A/HRC/23/42 párr. 3.

227 Por ejemplo, Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 'Acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo', Resoluciones 2001/33, 2002/32, 2004/26 y 2005/23. De forma similar se ha pronunciado el Consejo de Derechos Humanos respecto al VIH/SIDA. *Cfr.* Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre Protección de los derehcos humanos en el contexto del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndroma de inmunodeficiencia adquirisa (SIDA)' (13 de abril de 2011) UN Doc A/HRC/RES/16/28, párr. 1. Por otra parte, el Tribunal Constitucional del Perú, en el marco del reconocimiento de las personas con VIH como sujetos de especial protección, ha señalado que su vida "depende de las acciones concretas que emprenda el Estado de la mano con la comunidad y el núcleo familiar, tanto en materia de salud como en lo que concierne al acceso al tratamiento antirretroviral de gran actividad, como en otros aspectos ligados a la prevención, a la atención integral de calidad, a la seguridad social y a la pensión". *Cfr.* Sentencia del Tribunal Consitucional de 9 de agosto de 2011, expediente número 0479-2009-PA/TC, párr. 29.

para aclarar algunas obligaciones internacionales del Estado en esta materia. La Sexta Directriz, revisada en 2002, señala que:

> Los Estados deberían adoptar medidas de políticas que regulen los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que haya suficientes medidas y servicios de prevención, adecuada información para la prevención y atención de los casos de VIH y medicación inocua y eficaz a precios asequibles. Los Estados deberían tomar también las medidas necesarias para asegurar a todas las personas, sobre una base sostenida e igualitaria, el suministro de y la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH/SIDA, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas. [...][228].

196. Esta Sexta Directriz ha sido interpretada por la OACNUDH y ONUSIDA en el sentido de que una respuesta eficaz al VIH requiere un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo:

> La prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo son elementos que se refuerzan mutuamente y una secuencia continua para una respuesta eficaz al VIH. Deben integrase en un enfoque amplio y es necesaria una respuesta polifacética. El tratamiento, atención y apoyo integrales incluyen fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos; pruebas diagnósticas y otras tecnologías relacionadas para la atención del VIH y el SIDA, de las infecciones oportunistas y de otras enfermedades; buena alimentación y apoyo social, espiritual y psicológico, así como atención familiar, comunitaria y domiciliaria. Las tecnologías de prevención del VIH abarcan los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril, fármacos antirretrovíricos (por ej., para revenir la transmisión materno infantil o como profilaxis posexposición) y, una vez desarrollados, microbicidas y vacunas seguros y eficaces. El acceso universal, basado en los principios de los derechos humanos, requiere que todos estos bienes, servicios e información no sólo estén disponibles y sean aceptables y de buena calidad, sino también que estén al alcance físico de todos y sean asequibles para todos[229].

197. La Corte observa que estos estándares resaltan que el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH. En este sentido las personas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. Una respuesta limitada al acceso a fármacos antirretrovíricos y otros medicamentos no cumple con las obligaciones de prevención, tratamiento, atención y apoyo derivadas del derecho al más alto nivel posible de salud[230]. Estos aspectos sobre la calidad de la salud[231] se relacionan

---

[228] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, sexta directriz. Disponible en: http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf

[229] OACNUDH y ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, comentario a la sexta directriz, párr. 26 Disponible en: http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf

[230] Las Directrices también señalan que "Los Estados también deberían asegurar el acceso al tratamiento y medicamentos adecuados, dentro de su política general de salud pública, de modo que las personas que viven con el VIH puedan vivir lo máximo y satisfactoriamente posible. Las personas que viven con el VIH también deberían tener acceso a ensayos clínicos y a poder elegir libremente entre todos los medicamentos y terapias disponibles, incluso las terapias alternativas". OACNUDH y ONUSIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, párr. 145. Disponible en: http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, respecto a la protección del derecho a la salud de las personas con VIH/SIDA ha manifestado que "con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios". También ha sostenido que "este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación". *Cfr.* Sentencia T-843 de la Corte

con la obligación estatal de "crea[r] entornos seguros, especialmente a las niñas, ampliando servicios de buena calidad que ofrezcan información, educación sobre salud y asesoramiento de forma apropiada para los jóvenes, reforzando los programas de salud sexual y salud reproductiva y haciendo participar, en la medida de lo posible, a las familias y los jóvenes en la planificación, ejecución y evaluación de programas de atención y prevención del VIH y el SIDA"[232].

198. Otro aspecto relevante en materia de derecho a la salud y asistencia sanitaria lo constituye el acceso a información sobre los escenarios que permitan sobrellevar en mejor forma la enfermedad. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General No. 3 relativa al VIH/SIDA y los Derechos del Niño, ha reiterado la necesidad que los niños:

> [n]o sufr[an] discriminación respecto del acceso a la información sobre el VIH, porque el asesoramiento y las pruebas de detección se lleven a cabo de manera voluntaria, porque el niño tenga conocimiento de su estado serológico con respecto al VIH, tenga acceso a servicios confidenciales de salud reproductiva y, gratuitamente o a bajo coste, a métodos o servicios anticonceptivos, así como a recibir, cuando sea necesario, cuidados o tratamientos en relación con el VIH, incluida la prevención y el tratamiento de problemas de salud relacionados con el VIH/SIDA[233].

199. Finalmente, respecto de los niños con discapacidad (*infra* párrs. 236 a 240), el Comité de los Derechos del Niño señaló que "[e]l logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud"[234].

200. Los representantes de las presuntas víctimas no presentaron observaciones, objeciones u otro tipo de argumentos para desvirtuar en forma específica la información concreta suministrada por las peritos Diana Molina y Carmen del Rocío Carrasco respecto a la asistencia sanitaria recibida por Talía Gonzales Lluy desde el momento en el que el Estado tomó información sobre el contagio de VIH (*supra* párrs. 148 a 153). Tanto los representantes como las presuntas víctimas insisten en sus declaraciones en problemas

---

Constitucional de Colombia de 2 de septiembre de 2004. Ver también, Peritaje de Paul Hunt 6 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folios 3706 a 3734).

[231] En cuanto a la calidad en el servicio de salud, el Comité de la CEDAW en el caso *Alyne da Silva Pimentel contra Brasil* declaró al Estado responsable por no garantizar servicios de salud materna oportunos y adecuados para la víctima independiente de su raza o condición socioeconómica y que la falta de garantía del derecho a la salud tuvo repercusiones directas en el disfrute de sus derechos a la vida y a estar libre de discriminación. La víctima era una Afro-Brasilera de 28 años que murió por complicaciones de un embarazo después de que un centro de salud privado y luego un centro de salud público le negaran atención de calidad de salud materna. Su muerte, que era prevenible, se debió a que la entidad de salud que la atendió no ordenó la práctica de los exámenes adecuados, tuvo una demora desproporcionada en la atención a la paciente (incluyendo el retraso en transferirla a otra institución de salud) y no contó con un adecuado equipamiento de servicios médicos, entre otras. Situaciones que fueron exacerbadas por la condición racial y socioeconómica de la víctima. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), *Alyne da Silva Pimentel Vs. Brasil* (27 de septiembre de 2011) UN.Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008.

[232] Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración política sobre el VIH y el SIHDA: intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH y el SIDA (8 de julio de 2011) A/RES/65/277, párr. 43.

[233] Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 3, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 20.

[234] Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 9, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párr. 51.

sistemáticos en la integralidad de la atención. La Corte constata que un problema inicial de calidad en la atención en salud surge al momento de recibir asistencia por la emergencia sufrida en 1998. La Corte observa que en aquel momento no había personal suficiente, los laboratorios no tenían todas las pruebas necesarias para examinar la sangre, por lo que se tuvo que solicitar a laboratorios de Quito que verificaran la sangre, y el personal de la Cruz Roja y del hospital donde estaba Talía no sabían manejar las muestras de forma adecuada (*supra* párr. 77).

201. Otros problemas a los que aluden los representantes se relacionan con la accesibilidad a información en salud para entender y enfrentar en mejor forma la enfermedad, particularmente cuando se enteraron de la misma. Asimismo, indicaron que el Estado ofrecía medicinas pero no las entregaba en algunas ocasiones, al igual que otros problemas en el acceso a procedimientos de diagnóstico y exámenes de sangre[235]. En cuanto a la accesibilidad geográfica, se alude a que en diversos momentos se han tenido que efectuar algunos desplazamientos fuera de Cuenca, lo cual resulta especialmente complejo para una familia en situación de pobreza[236].

202. La familia Lluy ha señalado que todos los exámenes de CD4 y de carga viral, durante toda la vida desde que contrajo el virus hasta 2015 habían sido realizados en clínicas privadas y pagados por la familia Lluy. Sin embargo, los únicos recibos de pagos efectuados que presentan las víctimas al respecto es el de un exámen médico en un laboratorio privado, por valor de US $489.44[237]. Por tal razón la Corte no cuenta con elementos para no aceptar la información señalada en el expediente en el sentido que Talía recibió medicación antirretroviral entre 2004 y 2012 por parte de una entidad estatal, esto es, el hospital Militar[238].

203. Por otra parte, los representantes no han precisado con suficiente claridad el conjunto total de fechas o características de las interrupciones en el suministro de medicamentos y exámenes[239].

---

[235] Respecto al suministro de medicamente antirretrovirales por parte del Estado antes de 2004, la Corte observa que en noviembre de 2002 Teresa Lluy envió una carta a una funcionaria del Ministerio de Salud Pública, indicándole lo siguiente: "[que] est[uvieron] presentes en las fechas señaladas […] para que se [les] entreg[aran] las medicinas que son fundamentales para [su] vida, pero a[hí] en Cuenca los antirretrovirales no ha[bía]n llegado y no se [les] pu[dieron] entregar, la vida de [su familia] y de [su] hija corre peligro y responsabilizamos al Estado Ecuatoriano de cualquier desgracia". Carta de Teresa Lluy de 25 de noviembre de 2002 a la Directora del Programa Nacional de SIDA del Ministerio de Salud Pública (expediente de prueba, folio 4133). Respecto a la práctica de los exámenes CD4, de carga viral y otros exámenes para enfermedades oportunistas la madre de Talía indicó que estos eran caros y tenía que asumirlos. *Cfr.* Carta de Teresa Lluy de 18 de mayo de 2015 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (expediente de prueba, folio 4119). Asimismo, Talía Gonzales Lluy aludió a problemas en la práctica de exámenes de carga viral en mayo de 2015. *Cfr.* Carta de Talía Gonzales Lluy de 18 de mayo de 2015 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (expediente de prueba, folios 4111 y 4112).

[236] "Ahora Talía está recibiendo los servicios para pacientes con VIH en la ciudad de Azogues, Provincia del Cañar, […] tiene que viajar a otra provincia para ser atendida". Declaración de Ivan Mauricio Lluy de 5 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folio 3586).

[237] *Cfr.* Recibo de 3 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1214).

[238] Respecto al suministro de exámenes de conteo de carga viral y de CD4 y CD8, así como otras pruebas y medicamentos en el marco de la atención en el hospital, ver Peritaje de Nilda Esthela Villacres Aviles de 25 de febrero de 2010 (expediente de prueba, folios 3875 a 3894); Peritaje de Carmen Carrasco de 13 de ferbero de 2015. (expediente de prueba, folios 3959 a 3997), y Peritaje de Diana Molina Yépez de 25 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folios 3901 a 3950).

[239] La Corte observa que existe una certificación del Líder de la Unidad de Medicina Interna del hospital de Azogues, del 4 de mayo de 2015, respecto a una solicitud de elaboración de los exámenes de Carga Viral y CD4 el 5 de noviembre de 2014. En dicha certificación se señala que solo se obtuvo el resultado de los CD4, "ya que no existía[n] reactivos para realizar el examen de carga viral". Sin perjuicio de lo anterior, esta información evidencia

204. Otro aspecto de calidad en la asistencia sanitaria es reflejado en declaraciones consistentes de Talía, su madre y su hermano en el sentido que en el marco del sistema público de salud, específicamente en el hospital de Cuenca, la presunta víctima fue estigmatizada y tratada inapropiadamente en varias oportunidades por parte del personal de dicho hospital. En las declaraciones se alude a diversos problemas de confianza, calidad y calidez[240]. Talía declaró que la atención la recibe en la provincia de Cañar y no en la provincia de Azuay, que es donde reside con su familia, porque ha sido maltratada por parte del responsable del programa de VIH de Cuenca. El médico que atiende en Cuenca, según la declaración de Talía "no sabe dar un trato de confianza, calidad y calidez, propio de un servidor público"[241].

205. La Corte concluye que en algunos momentos Talía Gonzales Lluy no ha tenido accesibilidad a un entorno seguro y cálido en relación con su asistencia sanitaria y que en algunos momentos el tipo de atención recibida generó rechazo. Este rechazo ha estado asociado a tensiones con los médicos tratantes en escenarios en los que se le exigió a Talía y su familia atenerse a las reglas de las políticas públicas de atención en temas de VIH. En algunos momentos también han existido problemas específicos de disponibilidad de examen de carga viral y controversias sobre accesibilidad geográfica, debido a los desplazamientos que han tenido que efectuar las presuntas víctimas. Sin embargo, los aspectos anteriores se relacionan con aspectos específicos de la asistencia sanitaria que en diversos momentos concretos generaron problemas pero sin constituir aspectos suficientes para desvirtuar los alcances globales de la asistencia sanitaria durante más de una década. Por otra parte, algunos de los reclamos y denuncias específicas sobre la asistencia sanitaria no han sido objeto de denuncia ante autoridades del Ministerio de Salud, lo cual, a través de indagaciones a nivel interno, hubiera permitido mayor información documental sobre el tipo de restricciones generadas por el Estado y la magnitud de los problemas que las presuntas víctimas alegan haber sufrido en aspectos de accesibilidad y aceptabilidad de la salud. Teniendo en cuenta que no ha sido desvirtuada la información sobre la secuencia global de tratamiento presentada por las peritos Diana Molina y Carmen del Rocío Carrasco (*supra* párrs. 148 a 153), y tomando como referencia una valoración global de la asistencia sanitaria en estos 17 años de convivencia con la enfermedad, sin detenerse en eventos puntuales en momentos específicos, la Corte considera que la prueba disponible es insuficiente para imputar responsabilidad internacional al Estado por una violación del derecho a la vida y a la integridad personal por la alegada ausencia de disponibilidad y calidad en el servicio prestado.

*

206. Finalmente, la Corte observa que en la prueba aportada en el expediente, y en el marco de la solicitud de medidas provisionales en el presente caso (*supra* párr. 14) se ha informado que en el último año, Talía ha presentado un bajo conteo de células CD4, que para

---

prueba sobre problemas de disponibilidad en noviembre de 2014, sin que pueda considerarse que tiene peso probatorio sobre la falta de disponibilidad en otros momentos. *Cfr.* Certificación de 4 de mayo de 2015 (expediente de prueba, folio 4131).

240 *Cfr*. Declaración de Talía Gonzales Lluyen la audiencia púbicla celebrada en el presente caso; Oficio de Talía Gonzales Lluy a Ramiro Ávila respecto de su visita al hospital Vicente Corral Moscoso de 26 de mayo de 2014 (expediente de prueba, folios 1184 a 1186); Oficio de Talía a las Autoridades del Ministerio de Salud Pública del Ecuador de 26 de mayo de 2014 (expediente de prueba, folios 1188 a 1189); Declaración de Ivan Mauricio Lluy de 5 de marzo de 2015 (expediente de prueba, folios 3585 y 3586), y *Cfr*. Carta de Teresa Lluy de 18 de mayo de 2015 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (expediente de prueba, folios 4122 y 4123).

241 Declaración de Talía Gonzales Lluyen la audiencia púbicla celebrada en el presente caso.

el 5 de noviembre de 2014 eran de 366, siendo que antes de que empezara a tomar los medicamentos ordenados en esta etapa reciente de tratamiento tenía un conteo de 518[242]. En este punto el Estado ha señalado que "los esquemas que se utilizan en el Ministerio de Salud Pública están completamente alineados a aquellos recomendados por la OMS, incluyendo el esquema 2.0 que introdujo una nueva combinación con [un nuevo medicamento] de última generación, pese a los grandes costos que esto representa para el Estado". Asimismo, el Estado señaló que "como toda patología el VIH tiene un curso y evolución natural en la que existe una disminución progresiva del conteo de CD4, [lo cual] no está relacionado necesariamente con el tratamiento farmacológico". El Estado indicó que tal conexión solo podría ser probada con un peritaje médico.

207. Este Tribunal estima que estos aspectos relacionados con la disminución en el conteo de CD4 son aspectos de especial complejidad técnica que no corresponde valorar en este capítulo en términos de atribución de responsabilidad al Estado. Los alegados problemas en las medicinas proporcionadas por el Estado respecto a la desmejora de defensas y anticuerpos, y el riesgo que ello podría implicar para empezar a convivir con el SIDA serán valorados en el apartado de reparaciones.

### *C. Derecho a la integridad personal de Teresa Lluy e Iván Lluy*

*Alegatos de la Comisión y de las partes*

208. La ***Comisión*** se pronunció en su Informe de Fondo sobre la vulneración del artículo 5 de la Convención Americana con respecto a Teresa Lluy e Iván Lluy, indicando que "el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de la madre y el hermano de T[alia]". De acuerdo con la Comisión, tal vulneración fue ocasionada por el deterioro en la salud de Talía y la falta de atención médica, así como por la discriminación provocada por ser una persona con VIH. Asimismo, la Comisión señaló que la condición de persona con VIH de Talía "ha generado una grave afectación que se extiende a su núcleo familiar" y "a las condiciones mínimas para llevar adelante una vida y desarrollo dignos". Además, la Comisión alegó que el contagio con VIH de Talía se dio por consecuencia del error en la transfusión de sangre y generó un impacto significativo en el núcleo familiar directo. De igual manera, la Comisión resaltó que la violación del derecho a la integridad personal de la madre y el hermano de Talía se vio reforzada por factores de pobreza y de estigmatización por convivir con una persona con VIH al interior de su núcleo familiar.

209. Los ***representantes*** reiteraron lo dicho por la Comisión, además alegaron que la familia de Talía no tuvo un entorno seguro y que el mismo siempre fue amenazante, lo cual produjo temor e inestabilidad en todos los miembros de la familia. Asimismo, la madre y el hermano de Talía "nunca recibieron de parte del Estado información alguna que les ayud[ara] a entender el problema que estaban atravesando". De acuerdo con los representantes, el Estado no utilizó un programa de atención, tratamiento y educación de la enfermedad de VIH para Talía y su familia. Asimismo, los representantes alegaron que la familia Lluy no tuvo una atención médica de calidad; de acuerdo con los representantes, Talía y sus familiares no acudieron a un sistema de salud que fuera brindado por el Estado porque reiteradamente eran discriminados y no se les entregaba los medicamentos necesarios, por esta razón tuvieron que recurrir a un sistema de salud privado.

---

[242] *Cfr.* Certificado emitido por el Laboratorio Services Interlab S.A. de 3 de abril de 2014 (expediente de medias provisionales, folio 10), y Certificado emitido por el Instituto Nacional de Investigación de Salud Pública de 5 de noviembre de 2014 (expediente de medias provisionales, folio 12).

210. El ***Estado*** argumentó que las afectaciones sufridas por Teresa e Iván Lluy eran un asunto que competía a las entidades privadas, al estar debidamente cumplidas las obligaciones del Estado respecto de la regulación, supervisión y fiscalización de las entidades privadas que prestaban el servicio de salud. Además, el Estado argumentó que "no puede afirmarse que haya existido una violación de la integridad personal de Talía y sus familiares como consecuencia directa de las actuaciones estatales, pues su aflicción y sufrimiento […] no se vio incrementada de forma alguna por acciones u omisiones de agentes estatales".

*Consideraciones de la Corte*

211. La Corte ha reiterado en su jurisprudencia que los familiares de las víctimas de ciertas violaciones de Derechos Humanos pueden ser, a su vez, víctimas[243]. El Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares con motivo del sufrimiento que estos han padecido a causa de las actuaciones u omisiones de las autoridades estatales[244], tomando en cuenta, entre otros, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar[245]. También se ha declarado la violación de este derecho por el sufrimiento generado a partir de los hechos perpetrados en contra de sus seres queridos[246].

212. Este Tribunal ha señalado que la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana[247].

213. En el presente caso, la Corte considera pertinente analizar aspectos relativos a la aplicación del artículo 5 de la Convención, con el fin de determinar si se configura responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho a la integridad personal de Teresa e Iván Lluy. Para ello, la Corte analizará a continuación: i) el estigma que enfrentaron Teresa e Iván Lluy por ser familiares de una persona con VIH, y ii) el impacto concreto en la integridad personal de Teresa e Iván Lluy.

214. La Corte constata que toda la familia Lluy sufrió una estigmatización como consecuencia de que Talía fuera una persona con VIH (*infra* párr. 289). Al respecto, ha sido probado que, derivado de que Talía tuviera VIH, Teresa e Iván sufrieron impactos en su vida como consecuencia del estigma que les generaba el hecho de ser madre y hermano de una persona con VIH. Como un ejemplo de esto, Teresa Lluy fue despedida de varios empleos y en el colegio Iván Lluy fue objeto de comentarios y señalamientos (*infra* párrs. 217 y 223).

215. Respecto a todas las dificultades de salud, economía y vivienda que sufrieron los miembros de su familia, Teresa Lluy ha declarado que:

---

[243] *Cfr. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 83, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 156.

[244] *Cfr. Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 104, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 249.

[245] *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 163, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 249.

[246] *Cfr. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 128, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 249.

[247] *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No 130, párr. 204, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*, párr. 250.

> "[l]os momentos más difíciles han sido en lo económico desde el inicio de las demandas, la pérdida de mi trabajo, el rechazo social por la falta de oportunidades, […] la educación, los gastos de arriendos y mudanzas frecuentes [el que la discriminen] los dueños de casas"[248].

216. La Corte destaca la constante situación de vulnerabilidad en que se encontraron Teresa e Iván Lluy al ser discriminados, aislados de la sociedad y estar condiciones económicas precarias. Aunado a lo anterior, el contagio de Talía afectó en gran manera a toda la familia, ya que Teresa e Iván tuvieron que dedicar los mayores esfuerzos físicos, materiales y económicos para procurar la sobrevivencia y vida digna de Talía. Todo lo anterior generó un estado de angustia, incertidumbre e inseguridad permanente en la vida de Talía, Teresa e Iván Lluy.

217. En el caso concreto de Teresa Lluy, ella ha declarado que su vida cambió a raíz del contagio con VIH a Talía; al hacerse pública la enfermedad de Talía, la señora Lluy perdió su trabajo en la empresa en la que había trabajado por 10 años, de la cual fue despedida diciéndole que era "por dar mala imagen a la misma ya que [su] hija tenía VIH". Después de su despido, la señora Lluy habría trabajado como empleada doméstica; sin embargo, "cuando [sus empleadores] reconocían quien era, [l]e decían que ya no [la] necesitaban" y en algunas ocasiones le reprocharon que "podía ponerles en riesgo de contagio"[249].

218. Además, Teresa Lluy declaró que "tuv[o] que vender, rifar [sus] electrodomésticos, […] perd[ió] todo, nunca pud[o] recuperar nada". La discriminación y aislamiento sufrido "provocó daños emocionales, en la vida de [su] hija, de [ella] y de [su] hijo". De acuerdo con la declaración de Teresa Lluy, en el año 2008 tuvo complicaciones de salud e "inici[ó] con dolores de cabeza, p[é]rdida de la visión, p[é]rdida de peso, mucha sed y orinaba mucho". Al acudir a recibir atención médica la doctora que la atendió le informó que sus niveles de azúcar eran muy altos y que tenía "diabetes emotiva" la cual era provocada cuando "[un]a persona e[ra] v[í]ctima de tensiones nerviosas fuertes y conflictos emocionales"[250]. Además del malestar por la "diabetes emotiva", Teresa Lluy declaró que sufre de "dolores neurálgicos por el herpes zoster que desarroll[ó] debido al estrés, [los cuales l]e causan dolor intenso a nivel del pecho"[251].

219. Debido a su compleja situación económica, Teresa Lluy "[b]us[có] acercar[se] a las entidades de gobierno del Ministerio de Desarrollo Social, Corte de Justicia, Presidente de la Cruz Roja de Quito, pero no [la] tomaron en cuenta"[252]. Como ya ha sido mencionado, para

---

[248] Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 1087 y 1088).

[249] Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1078).

[250] Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1086) Con respecto a la salud de su madre, el señor Iván Lluy ha declarado que esta situación también le preocupa, debido a que "[e]l estrés [le]s ha pasado factura y esto [le]s afecta día a día, algunas veces h[a] tenido que llevar [a su mamá] de urgencia a la clínica [porque] su presión ha subido exageradamente". Escritura de declaración juramentada otorgada por Iván Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1116).

[251] *Cfr.* Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 1078, 1085 y 1086).

[252] Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1078).

cubrir los gastos familiares y el costo del tratamiento de Talía, Teresa Lluy vendió sus objetos de valor y trabajó en el sector informal[253].

220. De acuerdo con el informe de evaluación psicológica realizado en el mes de febrero de 2015 por la psicóloga clínica Sonia Nivelo Cabrera, "la [Señora Teresa] Lluy está afectada por el aislamiento, el estigma social, por la pérdida de empleo, sintiendo lo que se denomina 'muerte social'. Presentándose los signos y síntomas del trastorno mixto ansioso-depresivo. Dicho impacto ha sido "somatizado y presenta las siguientes enfermedades de diabetes emocional, hipertensión[ y] dolores físicos crónicos[254].

221. En lo que respecta a Iván Lluy, éste ha declarado que "[a] partir de [sus 15] años de edad [su] vida fue horriblemente afectada al enterar[se] que [su] hermana fue contagiada de VIH por brutalidad humana". Después de las complicaciones de salud de su hermana y pensar que en algún momento podría morir, dejó de ir a la universidad y empezó a trabajar de día y de noche para ayudar a su madre con los gastos[255].

222. Iván Lluy fue diagnosticado con depresión y recibió medicamentos para tratarla durante un año y medio. Al respecto, Iván Lluy declaró que "[n]o podía vivir con todo el peso que [l]e hacía sufrir" y debido a eso fue a ver a un psiquiatra que conoció "un día en que limpiaba una oficina". Dicho psiquiatra lo atendió "en varias ocasiones, […] 30 más o menos, […] solo [l]e cobró las 5 primeras consultas. [L]e diagnosticó depresión mayor y [l]e recetó un medicamente [cuyas] cápsulas era caras y tenía que tomarlas 2 diarias". De acuerdo con el testimonio de Iván Lluy "[c]uando no tenía para comprarlas y no las tomaba [l]e daba efectos como náuseas, mareos, palpitaciones [y] desesperación"[256]. Asimismo, señaló que un tiempo después de atenderlo, el psiquiatra falleció y él ya no pudo continuar recibiendo atención. De acuerdo con su declaración "[e]l D[octor l]e ayudó mucho, pero todavía t[iene] miedo de no tener [lo necesario] para darle a [su] hermana una buena alimentación, [y] un tratamiento adecuado"[257].

223. Teresa Lluy manifestó que "[a su] hijo le tocó asumir responsabilidades que no le correspondían. […] El también se perdió de muchas cosas en su vida de adolescente, sufrió mucha discriminación y aislamiento social, lo cual es muy devastador más en esa etapa tan compleja de su crecimiento como persona"[258]. Agregó que los días que ella debía llevar a Talía a Quito y permanecer ahí un tiempo mientras era atendida, "[su] hijo pasaba en Cuenca completamente solo, a veces dormía en los parques o donde encontraba un hueco porque no tenía[n] para arriendo"[259]. Debido a la necesidad de trabajar, Iván Lluy "[y]a no

---

253 Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1078).

254 Peritaje Sonia Nivelo Cabrera a Teresa Gonzales Lluy de 12 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folio 3616).

255 *Cfr.* Escritura de declaración juramentada otorgada por Iván Lluy Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 3574, 3575, 3576).

256 Escritura de declaración juramentada otorgada por Iván Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1115).

257 Escritura de declaración juramentada otorgada por Iván Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1115).

258 Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1079).

259 Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1080).

iba al colegio, no tenía amigos, muchos días pasa[ban] sin hablar[se]". Finalmente, Teresa Lluy declaró que "el dolor que siente una madre al ver y sentir que sus dos hijos estaban sufriendo de manera tan injusta, e[ra] para perder la cordura de cualquiera"[260].

224. La Corte nota que en el informe de evaluación psicológico realizado por Sonia Nivelo se determinó que Iván Lluy está afectado en su "salud psíquica […] por pensamientos y sentimientos como: ira, frustración, desesperanza, culpa […] lo cual pudiera estar relacionado con la discriminación y el estigma que [vivió] Iván […] en el entorno social. […] present[ando] depresión moderada, ansiedad y sentimientos de culpa"[261].

225. La Corte considera que puede concluirse que los daños y el sufrimiento provocado por el hecho que Iván no pudiera continuar con sus estudios y tuviera que trabajar siendo un adolescente, la pérdida de trabajo y capacidad económica para sostener a su familia por parte de Teresa Lluy, así como la constante discriminación a la que se vieron sometidos, fueron resultado de la negligencia en el procedimiento que ocasionó el contagio de Talía. Aunado a esto, la Corte nota que la familia Lluy no fue orientada y acompañada debidamente para contar con un mejor entorno familiar y superar la precaria situación en la que se encontraban, tampoco recibieron apoyo para superar la discriminación de la que eran objeto en diferentes áreas de su vida.

226. La Corte observa que si bien algunos de los aspectos en los cuales Talía y su familia sufrieron discriminación, no obedecieron a una actuación directa de autoridades estatales, dicha discriminación obedeció al estigma derivado de la condición de Talía como portadora de VIH, y fueron resultado de la falta de acciones tomadas por el Estado para proteger a Talía y a su familia, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad.

227. La discriminación que sufrió Talía fue resultado del estigma generado por su condición de persona viviendo con VIH y le trajo consecuencias a ella, a su madre y a su hermano. La Corte nota que en el presente caso existieron múltiples diferencias de trato hacia Talía y su familia que se derivaron de la condición de Talía de persona con VIH; esas diferencias de trato configuraron una discriminación que los colocó en una posición de vulnerabilidad que se vio agravada con el paso del tiempo. La discriminación sufrida por la familia se concretó en diversos aspectos como la vivienda, el trabajo y la educación.

228. En el presente caso, a pesar de la situación de particular vulnerabilidad en que se encontraban Talía, Teresa e Iván Lluy, el Estado no tomó las medidas necesarias para garantizarle a ella y a su familia el acceso a sus derechos sin discriminación, por lo que las acciones y omisiones del Estado constituyeron un trato discriminatorio en contra de Talía, de su madre y de su hermano.

229. En atención de lo anterior, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Lluy.

## X
## DERECHO A LA EDUCACIÓN

---

[260] Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1081).

[261] Peritaje de Sonia Nivelo Cabrera a Teresa Gonzales Lluy de 12 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folios 3618 y 3619).

*Alegatos de la Comisión y de las partes*

230. La ***Comisión*** manifestó que Talía "fue expulsada de una institución de educación pública y que el Poder Judicial avaló tal actuación". Esta expulsión "tuvo lugar cuando las autoridades de [la] escuela […] tomaron conocimiento de que Talía […] vivía con VIH. De acuerdo con la Comisión, aunque Teresa Lluy intentó una acción de amparo para proteger el derecho a la educación de Talía, "[e]l Tribunal Distrital indicó que Talía Gabriela podía ejercer su derecho a la educación de forma particular y a distancia". A juicio de la Comisión, "[c]on esta decisión, el Poder Judicial avaló [su expulsión] consolidando una violación a su derecho a la educación y un acto discriminatorio sobre la base de su situación de salud". La Comisión estableció en su Informe de Fondo que "no existe información que indique que alguna entidad del Estado a cargo de los intereses de los niños y niñas hubiera intervenido ni en el proceso judicial ni en colaborar en la búsqueda de los servicios médicos. Toda es[a] situación ha generado una grave afectación […] al ejercicio de su derecho a la educación y, en suma, a las condiciones mínimas para llevar adelante una vida y desarrollo dignos". Sobre este particular, la Comisión alegó además que la obligación de velar por el proyecto de vida de Talía, donde es claro que la educación se encuentra comprendida, era "reforzada en el presente caso debido a los factores de múltiple vulnerabilidad en que se encontraba la [presunta] víctima en su condición de niña portadora de VIH de muy escasos recursos".

231. Los ***representantes*** señalaron que en el caso de Talía no se cumplió con los estándares del derecho a la educación, en tanto existió una resolución judicial que "anul[ó] el derecho [de Talía] a acceder a [cualquier] escuela pública", lo que llevó a que los familiares de Talía "no tuvier[an] otra opción de buscar escuelas lejanas para evitar el trato desigual y denigrante". En consecuencia, "[e]l sistema educativo no se adaptó a las necesidades de Talía", ya que este debía "ser flexible y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados". Según los representantes "al crear condiciones en las que [el sistema educativo] se torna inaccesible o de difícil acceso, inadaptable e inaceptable, se rompe la obligación del Estado frente al derecho a la educación". Agregaron que la educación de Talía nunca ha estado exenta de discriminación. Asimismo indicaron que "Talía apenas tenía 5 años cuando sufrió la expulsión de la escuela por ser portadora de VIH", razón por la cual "Teresa también [promovió] un juicio de amparo constitucional cuando Talía fue expulsada de la escuela pública, en septiembre de 1999" donde el juez decidió "rechaza[r la acción] y orden[ar] que Talía t[uviese] educación a distancia", lo que ocasionó que Taía fuese asediada por funcionarios del Ministerio de Educación que "en lugar de ayudarla, la perseguía[n] para garantizar que no contagi[ase] a otros niños". Por otra parte, los representantes alegaron que "[l]a educación superior de Talía tampoco ha estado exenta de dificultades y de consecuencias por la transfusión de sangre con VIH". En este sentido, señalaron que Talía "no pudo seguir la carrera universitaria que quería, no pu[do] vivir una vida con el más alto bienestar posible porque no pu[do] escoger el tipo de tratamiento más adecuado a su salud".

232. El ***Estado*** señaló "que las políticas empleadas por las instituciones estatales en materia educativa se ajustan a los requerimientos internacionales de protección y garantía de derechos", estableciendo que "la educación, inclusive superior, en el Ecuador es gratuita y universal, y proporciona sin costo, servicios de carácter social y de apoyo psicológico". El Estado resaltó que existe una "prohibición constitucional de la discriminación en los casos de personas que portan VIH/SIDA", no solo en la Constitución sino "desde hace 12 años en el Código de la Niñez y Adolescencia y también en la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA". El Estado expresó que siempre ha garantizado "la realización personal [de Talía y] que esto se puede corroborar [en] que incluso frente a las diversas complejidades propias de su condición de salud, pudo estudiar y completar tanto la educación básica, como la formación secundaria, en instituciones públicas y privadas

reguladas por el Estado, siendo además por su propio esfuerzo, una estudiante destacada". En ese orden de ideas, hizo constar que "los propios representantes en su escrito reconocen que Talía accedió a sus estudios universitarios de pregrado dentro de la carrera de Diseño". Asimismo, en relación a la acción de amparo, el Estado alegó que "la acción fue propuesta con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo", por lo que consideró que pese a que "[e]l amparo concebido en 1998 resultaba restringido en su campo de acción en comparación al alcance constitucional designado en el 2008" era claro que la "señora Teresa Lluy tuvo el respaldo institucional del Estado al momento de proponer la acción de amparo de los derechos de su hija". En este punto señaló que algunas declaraciones "no ofrecen ningún dato que pudiera permitir al Estado efectuar alguna investigación para determinar el alegado hecho discriminatorio". Además, el Estado alegó que la discriminación en este caso no se produjo por la intervención de decisiones y prácticas de agentes estatales, sino en la escala social en la relación con un medio comunitario que todavía no está preparado para entender y asimilar culturalmente las personas con VIH/SIDA. Finalmente, el Estado alegó que los esfuerzos del Ministerio de Salud Pública y del Ministerio de Educación en materia de información y promoción de una cultura contra la discriminación están generando impactos importantes que ya pueden ser medidos en el país.

*Consideraciones de la Corte*

233. En el presente caso existe debate sobre la posible violación del derecho a la educación teniendo en cuenta que Talía fue retirada de una escuela bajo el supuesto de poner en riesgo la integridad de sus compañeros. Para resolver la controversia entre las partes sobre estos puntos la Corte abordará las siguientes dos cuestiones: a) los alcances del derecho a la educación relevantes para el presente caso, y b) la violación del derecho a la permanencia en el sistema educativo, el derecho a no ser discriminado y la adaptabilidad en relación con el derecho a la educación.

### *A. Alcances del derecho a la educación relevantes para el presente caso: el derecho a la educación de las personas con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA*

234. El derecho a la educación se encuentra contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador[262]. La Corte tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a este derecho en virtud del artículo 19 (6) del Protocolo[263]. Asimismo, dicho derecho se

---

[262] En lo pertinente para el presente caso, dicho artículo señala que: "1. Toda persona tiene derecho a la educación. 2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita […]".

[263] El Art. 19 (6) del Protocolo permite la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos si se presentase una vulneración a los Arts. 8 (1) (Derechos Sindicales) y 13 (Derecho a la educación) del Protocolo.

encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales[264]. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha resaltado que el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos, y que "[l]a educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos"[265].

235. Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que para garantizar el derecho a la educación debe velarse por que en todos los niveles educativos se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y iv) adaptabilidad[266]:

> a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.
>
> b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
>
> i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos m[á]s vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos [...];
>
> ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);
>
> iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.
>
> c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza [...].
>
> d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.
>
> 7. Al considerar la correcta aplicación de estas "características interrelacionadas y fundamentales", se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos.

---

[264] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 13 y 14), la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 49), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XII) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 26) son algunos referentes que estipulan obligaciones o deberes de los Estados relativos al derecho a la educación.

[265] *Cfr*. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 13, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 1.

[266] *Cfr*. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 13, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 6.

236. Ahora bien, la Corte nota que las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma alrededor de la enfermedad. De este modo, que una persona viva con VIH/SIDA, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que ésta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos. La relación entre este tipo de barreras y la condición de salud de las personas justifica el uso del modelo social de la discapacidad como enfoque relevante para valorar el alcance de algunos derechos involucrados en el presente caso.

237. Como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno[267]. Esta Corte ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva[268].

238. En este sentido, el convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad por las barreras actitudinales y sociales. Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas viviendo con VIH/SIDA pueden ser consideradas personas con discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[269].

239. La Corte nota que diversos organismos internacionales se han manifestado acerca de la estrecha relación que existe entre el VIH/SIDA y la discapacidad en razón de los diversos padecimientos físicos que se pueden presentar en razón de la enfermedad, así como por las

---

[267] *Cfr. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, párr. 133. Al respecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que "la discapacidad es un concepto que evoluciona" y que las personas con discapacidad "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Esta Convención fue ratificada por el Ecuador el 3 de abril de 2008.

[268] *Cfr. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*, párr. 133, y *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de Noviembre de 2012. Serie C No. 257, párrs. 291 y 292. Ver además, el Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[269] En este sentido, en el informe de política de discapacidad y VIH realizado por la Organización Mundial de la Salud, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y ONUSIDA se reconoció que cuando se interpongan barreras económicas, políticas o sociales en la participación efectiva en igualdad de condiciones de una persona con VIH/SIDA, puede considerarse que la persona tiene una discapacidad. *Cfr.* Organización Mundial de la Salud. Disability and HIV Policy Brief. 1 de abril de 2009. De igual manera, en 1996 el Programa Conjunto sobre VIH/SIDA de las Naciones Unidas (ONUSIDA) recomendó que el VIH debía ser considerado como una discapacidad en la medida en que las personas que presentan el virus sufren una constante discriminación en razón de su condición. Al respecto, se afirmó: "Las consecuencias de la discapacidad del VIH asintomático es que muchas veces las personas que viven con VIH, así como aquellos que se sospecha que viven con VIH, son discriminados debido a que se percibe de una manera errada que no funcionan; existe una percepción errada que son una amenaza a la salud pública[.] Por lo tanto, si ellos no están discapacitados por las condiciones relacionadas con el VIH, s[í] lo estarán por el trato discriminatorio que reciben por su estatus de VIH. El resultado es que se les niega la posibilidad de ser productivos, aut[os]uficientes y miembros plenos e iguales de la sociedad". Declaración de ONUSIDA VIH/SIDA y Discapacidad. Comisión de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, Sub-Comisión de la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. Sesión 48. Agosto de 1996.

barreras sociales derivadas de la misma. ONUSIDA ha precisado que una de esas percepciones erradas sobre el VIH/SIDA es la de considerar que las personas con VIH son una amenaza a la salud pública[270]. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kiyutin Vs. Rusia* consideró que una distinción hecha con base en el estado de salud de una persona, incluyendo escenarios como la infección por VIH, debería estar cubierta por el término de discapacidad o paralelamente por el término "otra situación" en el texto del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[271]. Asimismo, la Corte destaca que algunos Estados y tribunales constitucionales han reconocido la condición de convivir con VIH como una forma de discapacidad[272].

240. Teniendo en cuenta estas características, y en atención a las condiciones de vulnerabilidad que ha enfrentado Talía, la Corte estima pertinente precisar algunos elementos sobre el derecho a la educación de las personas que conviven con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA. Al respecto, también se involucrarán algunos componentes asociados al derecho a la educación de las personas con discapacidad. En este punto, las Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas[273] precisan lo siguiente sobre el derecho a la educación de las personas con VIH/SIDA:

> "Primero, tanto los niños como los adultos tienen derecho a recibir educación sobre el VIH, en particular sobre la prevención y la atención. El acceso a la educación sobre el VIH/[SIDA] es un elemento esencial de los programas de prevención y atención eficaces. El Estado tiene la obligación de asegurar que, dentro de su tradición cultural y religiosa, se faciliten los medios apropiados para que en los programas de enseñanza académicos y extra académicos se incluya información eficaz sobre el VIH. La educación e información a los niños no debe considerarse como una promoción de la experiencia sexual temprana"[274].
>
> "Segundo, los Estados deben procurar que a los niños y adultos que viven con el VIH no se les deniegue discriminatoriamente el acceso a la educación, en particular el acceso a escuelas, universidades y becas, así como a la educación internacional, ni sean objeto de restricciones por su

---

[270] *Cfr.* Declaración de ONUSIDA VIH/SIDA y Discapacidad. Comisión de las Naciones Unidas de Derechos Humanos, Sub-Comisión de la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. Sesión 48. Agosto de 1996, en la que se recomendó que el VIH sea considerado como una discapacidad.

[271] *Cfr. TEDH, Kiyutin Vs. Rusia,* (No. 2700/10), Sentencia del 10 de marzo de 2011, párr. 57.

[272] Ver, *inter alia*, en los Estados Unidos de América: The Americans with Disabilities Act of 1990. A partir de dicho documento, el Departamento de Justicia de Estados Unidos ha afirmado que las personas con VIH se encuentran protegidas bajo The Americans with Disabilities Act. En el Reino Unido: The Disability Discrimination Act (DDA) of 2005. En Nueva Zelanda: Human Rights Act of 1993. En Hong Kong: Ordenanza sobre Discriminación y Discapacidad de 1995. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que "teniendo en cuenta que el Estado ha puesto en marcha, tal como se sugirió en la STC 02945-2003-AA/TC, medidas concretas para la satisfacción de los derechos sociales en los pacientes de VIH/SIDA, este Colegiado considera que es oportuno hacer extensiva la especial protección consagrada en el artículo 7º de la Constitución a las personas que padecen de una deficiencia física producto de la infección con VIH o el desarrollo del SIDA, pues es evidente que el estado de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentra este sector de la población necesita de una protección reforzada para que puedan ejercer sus derechos fundamentales a plenitud, sin que se vean sometidos a medidas discriminatorias o a acciones arbitrarias por el solo hecho de padecer de la referida patología. Con esta afirmación se reitera, tal como lo señala el mencionado artículo 7º, que este gran sector de la población tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 9 de agosto de 2011. Expediente N° 04749-2009-PA/TC, párr. 31.

[273] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006.

[274] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, párr. 136.

> estado serológico con respecto al VIH. No hay razones de salud pública que justifiquen esas medidas, ya que no hay riesgo de transmitir casualmente el VIH en entornos educativos"[275].
>
> "Tercero, los Estados, por medio de la educación, deben promover la comprensión, el respeto, la tolerancia y la no discriminación respecto de las personas que viven con el VIH"[276].

241. Como se observa, existen tres obligaciones inherentes al derecho a la educación en relación a las personas que conviven con VIH/SIDA: i) el derecho a disponer de información oportuna y libre de prejuicios sobre el VIH/SIDA; ii) la prohibición de impedir el acceso a los centros educativos a las personas con VIH/SIDA, y iii) el derecho a que la educación promueva su inclusión y no discriminación dentro del entorno social. A continuación se analizarán estas obligaciones al valorar la controversia sobre la forma como Talía fue retirada de la escuela en la que se encontraba por el presunto peligro que generaba para sus compañeros.

### *B. Derecho a la permanencia en el sistema educativo, el derecho a no ser discriminado y la adaptabilidad en relación con el derecho a la educación*

242. Atendiendo a los hechos del presente caso con ocasión de establecer si existió una discriminación violatoria del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, se analizará inicialmente la medida de retirar a Talía de la escuela en la que se encontraba estudiando, en el marco de una justificación basada en el "interés del conglomerado estudiantil". Posteriormente se analizarán algunos problemas de estigmatización en el acceso a la educación de Talía, ocurridos con posterioridad al retiro de la mencionada escuela.

243. Como punto previo, la Corte observa que los representantes alegaron la violación del artículo 24 de la Convención Americana en relación con todos los aspectos relacionados con la alegada discriminación en el presente caso. Al respecto, en lo que respecta a los artículos 1.1 y 24 de la Convención, la Corte ha indicado que "la diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos contenidos en la Convención Americana. [E]n otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24"[277]. Dado que en el presente caso no se configuraron hechos relativos a una protección desigual derivada de una ley interna o su aplicación, no corresponde analizar la presunta violación del derecho a la igual protección de la ley contenido en el artículo 24 de la Convención. Atendiendo esto, la Corte analizará únicamente

---

[275] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, párr. 137. Por su parte, el artículo 24 de la Convención de Discapacidad, señala que: "2. Al hacer efectivo este derecho [a la educación], los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad; b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan".

[276] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006, párr. 137.

[277] *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párrs. 216 a 218.

la alegada violación al deber de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en la Convención Americana, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, con relación al derecho a la educación de Talía.

244. Para determinar si en el presente caso se configuró una violación al deber de respetar y garantizar derechos sin discriminación, la Corte analizará: a) si hay un vínculo o nexo causal o decisivo entre la situación de salud y la diferencia de trato adoptada por las autoridades estatales en el marco del sistema educativo, y b) la justificación que se alegó para la diferencia de trato, en orden a determinar si dicha justificación constituyó un trato discriminatorio que vulneró el derecho a la educación en el caso concreto.

*B.1. La diferencia de trato basada en la condición médica de Talía al ser retirada de la escuela*

245. Teresa Lluy interpuso una acción de amparo constitucional a fin de salvaguardar el derecho a la educación de Talía en razón de su suspensión definitiva de la escuela "Zoila Aurora Palacios". Dicha acción de amparo fue declarada inadmisible por el Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca, estableciendo como fundamento que "exist[ía] un conflicto de interés, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil"[278] por lo que "[la] colisión [hizo] que predomin[aran] los [derechos] sociales y colectivos, como lo es, el derecho a la vida frente al derecho a la educación"[279].

246. Para efectos de arribar a la conclusión de que era necesario que Talía continuase su educación "mediante una instrucción particularizada [y] a distancia"[280], el Tribunal de lo Contencioso tuvo en cuenta los testimonios de SA, el director de la escuela "Zoila Aurora Palacios", y la profesora APA, rendidos en la audiencia pública celebrada el 9 de febrero de 2001. Asimismo, fueron tenidos en cuenta los oficios aportados por Teresa Lluy de los médicos JOM y NV, y de RG, trabajador social de la Dirección de Salud quien coordinó la capacitación al cuerpo docente y administrativo de la escuela "Zoila Aurora Palacios" sobre el VIH/SIDA.

247. De igual manera, en la audiencia pública, el Subsecretario Regional de Educación del Austro rindió su testimonio y manifestó que "jamás [hubo] disposición alguna para que [Talía] fuese retirada del plantel"[281]. Señaló que, si bien hubo una suspensión temporal de Talía, la misma era facultada por la ley y operaba "hasta que se reali[zasen] los exámenes médicos correspondientes y que garanti[zasen] que la [niña] no contagi[ase] su lamentable enfermedad al resto de niños y personal que est[aba] en contacto con ella"[282]; por lo cual

---

[278] Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1148).

[279] Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1148).

[280] Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1149).

[281] Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1132).

[282] Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1132).

pidió al Tribunal "que se sacrifi[case] el bien menor por el mayor que es la comunidad educativa de la referida escuela"[283].

248. El director de la escuela alegó que lo que se hizo fue "[proceder] a tomar decisiones que precaut[elasen] la salud de los niños de primera de básica y que a su vez no viol[asen] los derechos humanos de los niños". Para ello, se exigió que para la incorporación de Talía al plantel eran necesario se dieran "informes médicos que garanti[zasen] la salud y el bienestar del resto de los niños"[284]. Dichos certificados, indicó el director, fueron oportunamente allegados, y en ellos se especificaba que Talía tenía VIH y que se encontraba en buenas condiciones hematológicas. No obstante, aseveró que "en la escuela [Talía] tuvo algunas hemorragias debido a una enfermedad llamada [púrpura trombocitopénica idiopática]"[285], enfermedad que según el director hacía que "los riesgos de contagio [fueran] mayores"[286]. Además consideró, como riesgo adicional, que Talía estaba en primer año de educación básica "donde se trabajaba con objetos cortopunzantes para desarrollar las diferentes especies"[287].

249. Por su parte, la profesora APA declaró que Talía "asistió a clases normalmente hasta el día 26 de noviembre". Señaló que ella "como profesora del aula [se] enter[ó] del problema que tenía [Talía]", y por ello citó a Teresa Lluy junto al director de la escuela con el propósito de saber si Talía tenía o no VIH. En dicha reunión, Teresa les contó que el VIH de Talía "era por una transfusión de sangre realizada en la Cruz Roja", dado que había tenido un problema en las plaquetas. Además, la profesora APA aseguró que en la capacitación dada por la Jefatura de Salud y la Dirección de Educación, el médico tratante de Talía, el doctor OO, le indicó que la enfermedad hematológica padecida por Talía estaba controlada, y en relación al riesgo de contagio que tenían los compañeros de Talía el médico le explicó que "sí ha[bía] el riesgo pero en un pequeño porcentaje, pero [que]el riesgo exist[ía]"[288]. Además, APA manifestó que ella "[tenía] testigos de aquellas hemorragias que tenía [Talía]"[289].

250. Por otra parte, obran en el expediente los oficios de los doctores JOM y NV, quienes indicaron que Talía era "una paciente del Virus de Inmunodeficiencia Humana [hasta ese] momento asintomática"[290], y que además se "encontra[ba] en buenas condiciones hematológicas"[291]. Asimismo, se encuentran las declaraciones de RG, trabajador social de la Dirección de Salud quien coordinó la capacitación al cuerpo docente y administrativo de la escuela "Zoila Aurora Palacios" sobre el VIH/SIDA, quien explicó que el virus era una realidad

---

283 Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1133).

284 Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).

285 Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).

286 Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).

287 Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).

288 Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1135).

289 Audiencia pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1135).

290 Oficio de JOM de 21 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1138).

291 Oficio de NV de 7 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1139).

con la que se debía aprender a convivir, y que "exist[ían] riesgos que podría[n] ser mínimos si se t[enían] en cuenta las normas de bioseguridad"[292].

251. En la resolución del amparo, el Tribunal estableció que "[era] ineludible que la suspensión temporal para que concurri[ese Talía] al plantel para que reci[biese] educación estaba supeditada a exámenes médicos que inform[asen] sobre el pleno estado de salud"[293]. Respecto de los documentos médicos, el Tribunal expresó que Talía "padece del virus del VIH agravado por el diagnóstico de [púrpura trombocitopénica idiopática]"[294] y que esa última enfermedad "corresponde a una disminución de las plaquetas sin causa aparente, que hace que se produzca sangrado"[295]. En ese orden de ideas, el Tribunal concluyó que "el sangrado detectado por la profesora […] implica[ba] un posible riesgo de contaminación al resto de los estudiantes del plantel"[296].

252. Teniendo en cuenta estos elementos, la Corte constata que la decisión adoptada a nivel interno tuvo como fundamento principal la situación médica de Talía asociada tanto a la púrpura trombocitopénica idiopática como al VIH; por lo cual este Tribunal concluye que se realizó una diferencia de trato basada en la condición de salud de Talía. Para determinar si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, a continuación se analizará la justificación que hizo el Estado para efectuarla, es decir, la alegada protección de la seguridad de los demás niños.

*B.2. La condición de ser persona con VIH como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana*

253. La Convención Americana no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación", sin embargo, a partir de diversas referencias en el *corpus iuris* en la materia, la Corte ha señalado que la discriminación se relaciona con:

> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas[297].

---

[292] Oficio de RG de 10 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folios 1140 y 1141).

[293] Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000, (expediente de prueba, folio 1148).

[294] Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000, (expediente de prueba, folio 1148).

[295] Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000, (expediente de prueba, folio 1148).

[296] Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000, (expediente de prueba, folio 1148).

[297] Ver *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81, que cita la definición del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6. Dicho Comité elaboró tal definición, en el ámbito universal, tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad ha desarrollado la siguiente definición: El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga

254. Algunos de los principales tratados internacionales de derechos humanos se han interpretado de tal manera que incluyen el VIH como motivo por el cual está prohibida la discriminación. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluyendo "cualquier otra condición social", y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha confirmado que el "estado de salud (incluidos el VIH/SIDA)" es un motivo prohibido de discriminación[298]. El Comité de los Derechos del Niño ha llegado a la misma conclusión en relación con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño[299] y también la antigua Comisión de Derechos Humanos señaló que la discriminación, actual o presunta, contra las personas con VIH/SIDA o con cualquier otra condición médica se encuentra tutelada al interior de otras condiciones sociales presentes en las cláusulas antidiscriminación[300]. Los Relatores Especiales de la ONU sobre el derecho a la salud han adoptado esta postura[301].

255. En el marco de este *corpus iuris* en la materia, la Corte considera que el VIH es un motivo por el cual está prohibida la discriminación en el marco del término "otra condición social" establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En esta protección contra la discriminación bajo "otra condición social" se encuentra asimismo la condición de persona con VIH como aspecto potencialmente generador de discapacidad en aquellos casos donde, además de las afectaciones orgánicas emanadas del VIH, existan barreras económicas, sociales o de otra índole derivadas del VIH que afecten su desarrollo y participación en la sociedad (*supra* párr. 240).

256. La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría. Como ejemplo del juicio estricto de igualdad se pueden señalar algunas decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos[302], la Corte

---

el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales […].

298 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 'Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud' de 11 de agosto de 2000. UN Doc E/C.12/2000/4, párr. 18.

299 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 'Observación General No. 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño' de 17 de marzo de 2003. UN Doc CRC/GC/2003/3, párr. 9.

300 Al respecto la antigua Comisión señaló que: "discrimination on the basis of AIDS or HIV status, actual or presumed, is prohibited by existing international human rights standards, and that the term "or other status" in non-discrimination provisions in international human rights texts can be interpreted to cover health status, including HIV/AIDS" *Cfr*. *The Protection of Human Rights in the Context of Human Immunodeficiency Virus (HIV) and Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS)*, United Nations Commission on Human Rights, Resolution 1995/44, 3 March 1995, párr. 1.

301 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental', 2003 UN Doc E/CN.4/2003/58 15, párrs. 64 a 75; Asamblea General de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental'. (2010) UN Doc A/65/255, párr. 8.

302 "[…] Classifications based on race or national origin […] and classifications affecting fundamental rights, […] are given the most exacting scrutiny. Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or

Constitucional de Colombia[303], la Corte Suprema de Argentina[304] y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica[305].

257. En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio[306]. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio. Para examinar la justificación esgrimida por el Estado, la Corte utilizará entonces, en el marco del juicio estricto de igualdad, el llamando juicio de proporcionalidad, que ya ha sido utilizado en ocasiones anteriores para medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención Americana[307].

---

illegitimacy. […] To withstand intermediate scrutiny, a statutory classification must be substantially related to an important governmental objective". *Cfr*. *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944) y *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1964).

303 En las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001, se explicó el alcance de este tipo de escrutinio, denominado test integrado de igualdad: "[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Lo anterior debe tener aplicación, según el carácter de la disposición legislativa o la medida administrativa atacada". El test integrado fue aplicado en un caso de discriminación por VIH en la sentencia T-376 de 2013.

304 "Presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada". Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Caso Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 16 de noviembre de 2004, párr. 6.

305 La Sala Constitucional ha enfatizado que cuando se imponen las restricciones innecesarias e irrazonables en el lugar de empleo a personas con SIDA constituye una discriminación. Se exige una justificación fuerte, razonable y proporcionada de toda distinción de trato o de toda singularidad normativa. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia nº 01874 de 29 de enero de 2010.

306 *Cfr. Mutatis mutandi*, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 124 y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 228.

307 Este principio exige que una medida tenga un fin o propósito legítimo, y que sea un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzar el propósito. Para ello, la Corte: i) verificará si la diferenciación de trato se fundamentó en una finalidad legítima de acuerdo con la Convención; ii) examinará si la diferenciación fue adecuada o idónea para lograr la finalidad perseguida, es decir si existió una relación lógica de medio a fin entre el objetivo y el medio. *(Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina*, párr. 70); iii) evaluará la necesidad de tal medida, esto requiere examinar

258. Es por lo anterior que, si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, dicha diferencia de trato debe hacerse en base a criterios médicos y la condición real de salud tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/SIDA o cualquier otro tipo de enfermedad, aun si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública[308].

259. Al respecto, en el *caso Kiyutin v. Rusia*, el Tribunal Europeo consideró como trato discriminatorio el hecho que no se hubiese hecho una adecuada fundamentación a la restricción del derecho a ser residente por el hecho que la víctima tuviese VIH. Además, el Tribunal observó que en ningún momento las autoridades tuvieron en cuenta el estado real de salud de la víctima y los vínculos familiares que pudiesen ligarle a Rusia. Así pues, estableció la condición de vulnerabilidad que enfrentan las personas con VIH/SIDA y los prejuicios de los que han sido víctimas a lo largo de las últimas tres décadas[309]. Este caso es significativo en tanto resalta que la adopción de medidas relativas a personas con VIH/SIDA debe tener como punto de partida su estado de salud real[310].

---

si hay alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas (*Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 93; *Caso Kimel Vs. Argentina*, párr. 74; *Caso Castañeda Gutman Vs. México*, párr. 196; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 72), y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, es decir, si la diferenciación de trato garantizó en forma amplia el fin legítimo perseguido, sin hacer nugatorio el derecho a la igualdad y el derecho a la educación. Para efectuar esta ponderación se debe analizar tres elementos: el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario; y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro (*Caso Kimel Vs. Argentina*, párr. 84; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, párr. 80; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párrs. 273 y 274, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 144).

308 *Cfr. TEDH. Caso Kiyutin v. Rusia* (Demanda no. 2700/10), 15 de Septiembre de 2011. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, al analizar la violación del derecho a la igualdad de un estudiante con VIH a quien se le prohibió la realización de sus prácticas estudiantiles como auxiliar de enfermería en un hospital por alegado riesgo de contagio, señaló que era necesario un juicio estricto de igualdad habida cuenta de que el trato diferenciado se fundamentó (i) en un criterio sospechoso de discriminación (estado de salud del accionante por ser portador del VIH); y (ii) porque con la medida se podrían estar restringiendo ilegítimamente derechos fundamentales como la educación o el derecho a la libertad de elección de profesión u oficio, entre otros de una persona que por su condición de salud se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. La Corte Constitucional señaló que "[l]a mera condición de portador del VIH no puede ser argumento para descomponer de un tajo la profesión o la carrera de una persona a pesar de ser portadora del VIH, ya que dicha condición no constituye razón suficiente para plantear alternativas de reubicación profesional […] Los factores determinantes del riesgo para la salud de un profesional de salud infectado con el VIH, están relacionados con su estado inmunológico, el tipo de ambiente ocupacional al que se exponga y al correcto uso de las barreras de protección ya que la práctica cuidadosa de los procedimientos de control de infecciones, protegen a los pacientes y a los proveedores de atención en salud, contra las enfermedades infecto-contagiosas. Por ello, en principio las medidas restrictivas que se adopten contra este grupo históricamente discriminado, no pueden significar el confinamiento del ejercicio de su profesión, por su mera condición, así que en cada caso concreto deberán analizarse las particularidades del mismo y observar si la medida restrictiva o el trato diferencial se adapta o no a la Constitución". Ver Sentencia T-948 de 2008. Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que el despido de las fuerzas armadas por seropositividad para el VIH era ilegal porque violaba el principio constitucional de discriminación por razón de salud. Suprema Corte de Justicia de México en pleno 131/2007. Amparo en revisión 307/2007.

309 *TEDH. Caso Kiyutin v. Rusia* (Demanda no. 2700/10), 15 de Septiembre de 2011.

310 En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia analizó la discriminación contra una persona con VIH privada de libertad, quien por ser víctima de constantes agresiones en razón de su condición, fue trasladado a un centro carcelario ubicado en otra ciudad en la cual además residía su familia. Sin embargo, mediante resolución se le volvió a trasladar a la cárcel anterior donde había sido víctima de diversas agresiones. Las instituciones carcelarias para justificar el traslado alegaron que dicha persona amenazaba con inyectar su sangre a otras personas privadas

*B.3. Inversión de la carga de la prueba, idoneidad y estricta necesidad del medio a través del cual se hizo la diferenciación de trato*

260. Como se observa, el examen sobre si una niña o niño con VIH, por su condición hematológica, debe ser o no retirado de un plantel educativo, debe hacerse de manera estricta y rigurosa a fin de que dicha diferenciación no se considere una discriminación. Es responsabilidad del Estado determinar que efectivamente exista una causa razonable y objetiva para haber hecho la distinción. En ese orden de ideas, para establecer si una diferencia de trato se fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjo la decisión[311].

261. La Corte nota que en el presente caso la restricción del derecho a la educación de Talía tuvo origen inicialmente en la decisión de las autoridades educativas de expulsarla de la escuela "Zoila Aurora Palacios", decisión que posteriormente fue avalada por la providencia del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca.

262. En el presente caso la Corte observa que Talía asistía normalmente a la escuela hasta el momento en que su profesora se enteró de su condición de niña con VIH. Las autoridades del colegio: su profesora, el director de la escuela y el Subsecretario de Educación, en lugar de darle una atención especializada dada su condición de vulnerabilidad, asumieron el caso como un riesgo para los otros niños y la suspendieron para luego expulsarla[312]. Al respecto,

---

de libertad. La Corte Constitucional aseveró que la condición médica y en particular el tener VIH/SIDA es una categoría protegida y criterio sospechoso de diferenciación. Al efectuar un juicio estricto de igualdad se señaló que: "si bien la seguridad de la población carcelaria y principalmente la importancia de evitar que una persona les inyecte sangre con el virus del VIH podría considerarse un fin legítimo e incluso imperioso, y el traslado de la cárcel de Barranquilla a Sincelejo parece adecuado para conseguirlo, no considera la Sala que se trate de una medida *necesaria*, pues las directivas de la institución deben estar en capacidad de controlar el acceso de jeringas y otros elementos de riesgo, especialmente en caso de tener identificada una amenaza de tales características; poseen, además, la obligación de controlar los actos de violencia entre las personas privadas de la libertad, y el deber de otorgar una atención psicológica y social adecuada, suponiendo que una persona desplegara una amenaza de esa entidad. De igual forma, la medida es evidentemente desproporcionada pues la afectación de los derechos del actor, una persona de especial protección constitucional es particularmente intensa, mientras que no se encuentra fácticamente demostrada la supuesta amenaza a la seguridad pública de la penitenciaría, en tanto el Director de El Bosque se limita a señalar que "al parecer" dos internos con VIH pretenden atacar a toda la población carcelaria. Y es en este punto donde se demuestra con toda claridad la existencia de una conducta discriminatoria dirigida en contra del peticionario por parte del Director de la cárcel El Bosque, pues la Sala encuentra que sin sustento fáctico alguno, este funcionario atribuye a *Rubén* una conducta particularmente censurable, aspecto en el que este caso difiere de otros en los que se ha aplicado una presunción de discriminación, lo que indica el uso de una regla de apreciación de las pruebas destinada a llenar los vacíos probatorios derivados de la dificultad de demostrar un acto de discriminación". Sentencia T-376 de 2013.

311 Cfr. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr.226 y *Caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 95.

312 Por el contrario, altas cortes como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica han señalado que el interés superior del niño prevalece en determinados casos sobre otros derechos legítimos, así como respecto al deber estatal de garantizar el derecho a la educación y a adoptar medidas para eliminar la discriminación en materia de educación. Ello fue señalado en el caso de un niño con síndrome de Asperger que se encontraba bajo tutela del Patronato Nacional de la Infancia y que no estaba siendo llevado a la escuela porque el Patronato alegó que no tenía los medios para darle acceso al derecho a la educación. La Sala Constitucional de la Corte Suprema determinó que, en atención al principio del interés superior del niño, "el derecho del menor, dependiendo del caso concreto, prevalece frente a otros derechos, aunque estos sean legítimos". Además, señaló que, en materia de educación, las adecuaciones curriculares también implican adecuaciones de acceso, para garantizar el derecho a la educación en condiciones de igualdad. La Sala consideró que "cuando un menor necesita adecuaciones especiales para su aprendizaje, el derecho a la educación no se garantiza con el mero ingreso a una institución educativa, sino

el interés superior de los niños y niñas, tanto de Talía como de sus compañeros de clase, exigía *adaptabilidad* del entorno educativo a su condición de niña con VIH. Tal como se ha mencionado (*supra* párr. 235) para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados"[313]. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 1 sobre los Propósitos de la Educación, ha señalado que "los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños"[314].

263. La Corte observa que las autoridades educativas no tomaron medidas para combatir los prejuicios en torno a la enfermedad de Talía. En lo relativo al derecho a disponer de información oportuna y libre prejuicios, la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó la necesidad que los Estados tomen las medidas necesarias de educación, capacitación y programas mediáticos a fin de evitar la discriminación, el prejuicio y el estigma en todos los ámbitos contra las personas que padecen VIH/SIDA[315].

264. Igualmente, la Corte resalta que la protección de intereses imperiosos o importantes como la integridad personal de personas por supuestos riesgos por la situación de salud de otras personas, se debe hacer a partir de la evaluación específica y concreta de dicha situación de salud y los riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios que podrían generar. Ya ha sido mencionado (*supra* párr. 260) que no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades, particularmente cuando reproducen el estigma en torno a las mismas[316].

---

que debe brindársele de acuerdo con sus necesidades. De no ser así, el menor estudiaría en condiciones discriminatorias". Asimismo, resaltó que el Estado debe adoptar medidas para eliminar progresivamente la discriminación y proveer a las personas con discapacidad los servicios de apoyo y ayudas técnicas requeridas para garantizar el ejercicio de sus derechos y deberes. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución N° 2014-012897 de 2014. Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=631082&strTipM=T&strDirSel=directo

313 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13*, El derecho a la educación* (artículo 13 del Pacto) U.N. Doc. E/C.12/1999/10, párr. 6.

314 Comité de Derechos del Niño. Observación General 1, Propósitos de la educación. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332, párr. 9.

315 La antigua Comisión estableció: "Pide además a los Estados que adopten todas las medidas necesarias, incluidos programas apropiados de educación, formación y de medios de difusión para combatir la discriminación, los prejuicios y la estigmatización, y para garantizar el pleno disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por las personas infectadas y afectadas por el VIH/SIDA". *Cfr*. Organización de Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. *Protección de los derechos humanos de las personas infectada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)*. U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/49 27 de abril de 1999, párr. 7.

316 Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia tuvo que analizar el ya mencionado caso donde se discutía si se vulneraba el derecho a la igualdad de un estudiante por la decisión de un hospital de impedir en sus instalaciones las prácticas profesionales que debía cumplir como requisito para optar por el título de auxiliar de enfermería, con el argumento de ser portador del (VIH/SIDA), dado que ello representaba un riesgo tanto para los pacientes como para él, debido a la naturaleza de las actividades que se desarrollan en este tipo de prácticas médicas. Dicha Corte señaló que, al momento de ponderar temas del riesgo de las personas y la situación de una persona que portadora del VIH:

"Retomando la aplicación del test al presente caso y ponderando lo plasmado en los conceptos trascritos, la decisión asumida por el gerente de la entidad accionada, consistente en impedir el desarrollo de las prácticas profesionales en las instalaciones de la Clínica, argumentando la protección del señor X-503 por ser portador del VIH y la de los pacientes que pudiesen tener contacto con él, la Sala concluye que la medida no resulta necesaria, ya que un estudiante auxiliar de enfermería está expuesto a los mismos riesgos que genera un entorno hospitalario en el cual

265. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el "interés colectivo" y la "integridad y vida" de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la condición médica[317]. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud[318].

---

se desarrollan actividades propias de esta profesión, lo cual, en el caso específico de X-503, no se aumenta por tratarse de una práctica de gineco-obstetricia o en el futuro el ejercicio de su profesión como auxiliar de enfermería.

De otra parte, la condición de portador de VIH seropositivo del señor X-503, conforme a los conceptos y argumentos de las entidades accionadas, no representa ningún riesgo adicional para los pacientes de cualquier servicio en general y del servicio de gineco-obstetricia en específico que tuviese contacto con el accionante, ya que así lo indican expertos en la materia, concluyendo que la trasmisión por parte de los profesionales de la salud es improbable.

En síntesis, la medida no es necesaria porque existe una alternativa a la decisión de impedir absolutamente el desarrollo de las practicas, es decir, la entidad como institución prestadora de servicios de salud está en la obligación de proveer medidas generales de bioseguridad y garantizar la disponibilidad de los medios de protección para todo el personal a través del programa de salud ocupacional. De la misma forma existen protocolos de prevención del riesgo biológico que al ser conocidos y aplicados, reducen de manera ostensible los riesgos de contagio de parte y parte". Sentencia T-948 de 2008.

317 *Cfr. Caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 110. En similar perspectiva, otro caso relevante es el contenido en la Sentencia T-816 de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, en el que una persona pretendía ingresar al nivel ejecutivo de la Policía Nacional de Colombia, habiendo aprobado los distintos exámenes requeridos para el ingreso a la institución. En este caso la policía consideró no apto al accionante en la medida que se trataba de una persona "infectada" con el VIH. Consecuente con el precedente de la materia y protegiendo el derecho a la igualdad, la Corte manifestó: "Es de resaltar que si bien la decisión de declarar no apto al portador del virus de VIH se fundamenta en fines legítimos, no los cumple, pues es claro para esta Sala que la condición del señor, aunada al desarrollo de las actividades académicas de la Escuela Nacional de Policía e incluso a las que son propias de la Policía Nacional, no constituye ninguna amenaza para su vida, para la de sus compañeros y, mucho menos, son contrarias a la prevalencia del interés general. Por ende, la actuación de la entidad demandada en el proceso de admisión y selección que siguió el actor, como aspirante a ser integrante del curso de nivel ejecutivo de la institución, no se compadece de los mandatos constitucionales […]."[Existe] una clara discriminación en contra del actor, cuando le considera "no apto", tan solo por su condición de portador sano del virus. "[M]ás allá de toda duda, como lo señalan las pruebas obrantes en el expediente, el actor ha sido víctima directa de una discriminación que, consecuencialmente, ha vulnerado sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y con ello, a escoger libremente profesión u oficio. Lo que amenaza inevitablemente su plan de vida". Sentencia T-816 2005.

318 Respecto a este punto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tuvo que analizar la situación de un niño con asperger que cursa el sexto grado en la escuela. El niño protagonizó un cuadro de descontrol y se alteró, ofendió y pateó a su profesor. Por ello, el profesor se negó a aceptar al niño en sus clases, por lo que dejó de recibir lecciones de forma regular. La Sala Constitucional ordenó a la Directora del Centro Educativo adoptar de manera inmediata las medidas que sean necesarias, dentro del ámbito de su competencia, para que al menor amparado le sea impartida la materia correspondiente a las lecciones de Ciencias, Matemática y Agricultura que perdió debido a la situación alegada, así como aplicar las recomendaciones que brinde la Asesora Nacional de Educación Especial para adecuar el proceso educativo al amparado, de acuerdo con su situación particular. La Corte resalta que este caso es ilustrativo en tanto que el resultado de la ponderación de derechos realizada exigió tutelar el derecho del niño a la educación y ordenó la adopción de los ajustes necesarios para que el menor pudiese continuar recibiendo sus clases, aun cuando el mismo presentaba cuadros de descontrol que podían afectar a terceras personas. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución N°15334-08. En otro caso de un niño con síndrome de Asperger, la misma Sala Constitucional tuvo que analizar que al niño le fue negada su matrícula en un Colegio, aduciendo que no estaban preparados para aceptarlo en la institución, a pesar de que por la cercanía del lugar resultaba en su mayor interés que asistiera a ese colegio. La Sala Constitucional ordenó al Ministro de Educación Pública que proveyera lo necesario para que, en el plazo de cinco días, personal calificado del Ministerio analizara el caso del amparado –con la participación de su madre, la psicóloga y el neurólogo que lo atienden- y determinara su mejor ubicación posible, en consideración de sus circunstancias personales, así como de las particularidades de las instituciones educativas de la zona. Asimismo, ordenó que se les brindase el apoyo necesario, en caso de que tal decisión implique un cambio de centro educativo. Como se observa, este caso es ilustrativo de la forma como la Sala ordenó, en tutela del derecho a la educación del menor, que el Ministerio de Educación Pública atendiera y determinara cuál era el mejor centro para atender las

266. En el caso que ocupa la atención de la Corte, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre los riesgos que puede generar el VIH no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la situación de salud de las personas, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas que conviven con cierta enfermedad o el riesgo que dicha enfermedad pueda tener para otras personas[319]. En el presente caso la medida adoptada estuvo relacionada con prejuicios y con el estigma del que son objeto quienes viven con VIH.

267. La restricción al derecho a la educación se establece en virtud de tres razones en la providencia del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca: 1) el diagnóstico de VIH Talía, 2) las hemorragias de Talía como posible fuente de contagio, y 3) el conflicto de intereses entre la vida e integridad de los compañeros de Talía y el derecho a la educación de Talía.

268. Al respecto, la Corte resalta que el objetivo general de proteger la vida e integridad personal de las niñas y los niños que compartían su estancia con Talía en la escuela constituye, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades[320]. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección"[321].

269. El tribunal interno fundamentó la decisión en un supuesto conflicto entre bienes jurídicos, a saber, el derecho a la vida de los estudiantes y el derecho a la educación de Talía, tomando como referencia las supuestas hemorragias que tenía Talía. Empero, la determinación del riesgo y por ende la identificación del bien jurídico de vida e integridad de los estudiantes como aquel que debía primar, fue una identificación errónea a partir de presunciones sobre los alcances que podría tener la enfermedad hematológica padecida por Talía, sus síntomas, y su potencial para contagiar a los demás niños y niñas con el virus del VIH.

270. La Corte considera que la valoración de la prueba en relación al presente caso, para efectos de establecer la inminencia del supuesto riesgo, no tuvo en cuenta los aspectos médicos aportados y privilegió, a partir de prejuicios sobre la enfermedad, los testimonios genéricos referidos a las hemorragias. En efecto, la Corte observa que constaba un informe

---

necesidades del niño. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional. Resolución N°7784-05.

319 Sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, *cfr. Caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, párr. 111 y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, párr. 401.

320 *Cfr. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.* Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 66 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56. En sentido similar, veáse: Preámbulo de la Convención Americana.

321 *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 164 y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva, párr. 60. En sentido similar, veáse: Preámbulo de la Convención Americana.

médico que aseguraba que Talía se encontraba en buenas condiciones hematológicas[322]. Asimismo, la institución tuvo conocimiento del diagnóstico de la púrpura trombocitopénica idiopática mediante una entrevista con Teresa Lluy[323], momento en el cual se precisó que Talía padecía VIH aunque para ese momento fuese una paciente asintomática[324].

271. En esa línea, en la decisión del juez interno no se evidencia un juicio estricto sobre la necesidad de la medida, en orden a determinar si no existían otras medidas diferentes a las del retiro del centro educativo y el confinamiento a "una instrucción particularizada y a distancia". La argumentación respecto a las pruebas aportadas está guiada en torno a prejuicios sobre el peligro que puede implicar el VIH o la púrpura trombocitopénica idiopática, que no constaban claramente en ninguna de las pruebas aportadas al proceso y que el Tribunal tomó como ciertas al establecer que las afirmaciones sobre estas "no fue[ron] impugnada[s] ni redargüida[s] de falsa[s]"[325]. Esta consideración no tenía en cuenta el bajo e ínfimo porcentaje de riesgo de contagio al que aludían tanto las experticias médicas como la profesora que rindió su testimonio en el proceso.

272. Atendiendo a que el criterio utilizado para determinar si Talía constituía un riesgo a la salud de los otros estudiantes de la escuela era su situación de salud, se evidencia que el juez debía tener una carga argumentativa mayor, relativa a la determinación de razones objetivas y razonables que pudiesen generar una restricción al derecho a la educación de Talía. Dichas razones, amparadas en el sustento probatorio obtenido, debían fundamentarse en criterios médicos atendiendo a lo especializado del análisis para establecer el peligro o riesgo supuesto que se cernía sobre los estudiantes de la escuela.

273. La carga que tuvo que asumir Talía como consecuencia del estigma y los estereotipos en torno al VIH la acompañó en diversos momentos. Según las declaraciones de la familia Lluy y de Talía, no controvertidas por el Estado, tenían que ocultar el VIH y la expulsión de la escuela para poder ser aceptados en otras instituciones. Talía estuvo matriculada en el jardín infantil "El Cebollar", la escuela "Brumel", la escuela "12 de Abril" y "Ángel Polibio Chávez". Según la declaración de Teresa Lluy, "cada vez que se enteraban quienes [e]ra[n], en algunos establecimientos educativos fue relegada [su] hija […] alegando que no podían tener una niña con VIH, pues era un riesgo para todos los otros estudiantes. Tanto los profesores como los padres de familia, [l]os discriminaban, [l]os aislaban, [l]os insultaban"[326].

274. La Corte concluye que el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, este Tribunal resalta que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de los demás niños del colegio. Si bien la sentencia del tribunal interno pretendía la protección de los compañeros de clase de Talía, no se probó que la motivación esgrimida en la decisión fuera adecuada para alcanzar dicho fin. En este sentido, en la valoración de la autoridad interna debía existir suficiente prueba de

---

322 *Cfr*. Oficio de NV de 7 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1139).

323 Audiencia Pública de la Acción de amparo constitucional de 9 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1134).

324 *Cfr*. Oficio de JOM de 21 de diciembre de 1999 (expediente de prueba, folio 1138).

325 Sentencia de amparo del Tercer Tribunal de lo Contencioso de Cuenca de 11 de febrero de 2000 (expediente de prueba, folio 1148).

326 Escritura de declaración juramentada otorgada por Teresa Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folio 1082).

que las razones que justificaban la diferencia de trato no estaban fundadas en estereotipos y suposiciones. En el presente caso la decisión utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de Talía. Este trato evidencia además que no existió adaptabilidad del entorno educativo a la situación de Talía, a través de medidas de bioseguridad o similares que deben existir en todo establecimiento educativo para la prevención general de la transmisión de enfermedades.

*B.4. Barreras actitudinales asociadas al estigma que sufrieron Talía y su familia con posterioridad a la expulsión de la escuela*

275. De acuerdo con Naciones Unidas la discriminación derivada de ser una persona con VIH no sólo es injusta en sí, sino que crea y mantiene condiciones que conducen a la vulnerabilidad social a la infección por el VIH, en especial a la falta de acceso a un entorno favorable que promueva el cambio de comportamiento de la sociedad y le permita a las personas hacer frente al VIH[327]. En este punto, las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos* de la OACNUDH y ONUSIDA aluden a la promoción de entornos que apoyen y habiliten a las personas con VIH[328].

276. En el presente caso los problemas de adaptabilidad en el entorno se reflejaron, entre otros aspectos, en los problemas enfrentados por Talía después de haber sido expulsada de la escuela "Zoila Aurora Palacios". La familia Lluy tuvo que buscar escuelas lejanas para evitar el trato que se estaba dando en perjuicio de Talía, quien declaró acerca de la época de su expulsión que:

> "[ella] tenía muchas amigas, pero después de [su] enfermedad, sus papás no les dejaban jugar con [ella]. [La] veían feo, ya no [la] querían saludar ni mirar. Se alejaban, como si [l]e tuvieran miedo. [S]e s[intió] muy sola, no entendía por qué".

---

[327] Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, 1996 y 2006, párr. 107. Disponible en: http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf. ONUSIDA ha señalado además, que "[e]l estigma está ligado al poder y el dominio en todos los niveles de la sociedad en su conjunto[;] crea desigualdad social, y se ve reforzado por ella […] el estigma relacionado con el VIH/SIDA conduce a menudo a la discriminación en razón del VIH/SIDA. Ello, a su vez, lleva a la violación de los derechos humanos de las personas con el VIH/SIDA [y] de sus familias". Sobre el estigma social provocado por el VIH, ONUSIDA ha señalado que es una característica que "desprestigia considerablemente" a un individuo ante los ojos de otros. También tiene consecuencias importantes sobre el modo en que los individuos se perciben a sí mismos. Gran parte del estigma relacionado con el VIH y el SIDA se construye sobre concepciones negativas anteriores y las refuerza. A menudo, la familia y la comunidad perpetúan el estigma y la discriminación, en parte por miedo, en parte por ignorancia y en parte porque resulta cómodo culpar a quienes se han visto afectados primero. Muchas veces, el estigma relacionado con el VIH utiliza y refuerza las desigualdades sociales existentes. Entre ellas cabe mencionar, las desigualdades de género, la desigualdades que niegan los derechos de los y las trabajadores(as) sexuales, las desigualdades basadas en el origen étnico y las desigualdades asociadas con la sexualidad en general y con la homosexualidad y transexualidad en particular. ONUSIDA, "Comunicar en VIH y SIDA. Manual de capacitación en VIH y SIDA para comunicadores sociales", 2006. Disponible en línea en: http://www.unicef.org/venezuela/spanish/Comunicar_sobre_VIH_Sida.pdf p. 32.

[328] Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a los grupos vulnerables, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas. En colaboración con la comunidad y por conducto de ella, los Estados deberían fomentar un entorno protector y habilitante para las mujeres, los niños u otros grupos vulnerables, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad mediante el diálogo con la comunidad y en particular mediante servicios sociales y de salud especiales y apoyando a los grupos de la comunidad. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos.* Versión consolidada de 2006. Disponible en: http://data.unaids.org/pub/Report/2006/jc1252-internationalguidelines_es.pdf

277. La búsqueda de escuelas para que Talía completase su educación fue complicada, debido a que en las distintas escuelas "se comentaban de una institución a otra" lo relativo a la condición médica de la niña. Teresa Lluy señaló que cuando llegaban a una nueva escuela para inscribir a Talía "ya sabían de [ellos y] no [les] dejaban ni llegar a la puerta [donde les i]ndicaban que no había cupos y que [s]e [fueran]"[329].

278. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el objetivo principal de la educación es "el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad[; así como] velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa"[330]. Del mismo modo, la Corte destaca la importancia que tiene la educación en el objetivo de reducir la vulnerabilidad de los niños con VIH/SIDA, a través de la facilitación de información pertinente y apropiada que contribuya a mejorar el conocimiento y comprensión del VIH/SIDA, así como impedir la manifestación de actitudes negativas respecto a las personas con VIH/SIDA y a eliminar las prácticas discriminatorias. En el caso de las niñas y los niños con VIH/SIDA, es necesario que los Estados tomen medidas para que éstos tengan acceso a la educación sin limitaciones[331]. En este sentido, la Corte recuerda lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño, que ha señalado que "[l]a discriminación contra niños […] afectados por el VIH/SIDA priva a esos niños de la ayuda y el apoyo que más necesitan"[332].

279. En este caso, la Corte nota que después del juicio de amparo constitucional, Teresa Lluy acudió al programa "Radio Splendid" denunciando la situación acaecida con su hija y la institución "Zoila Aurora Palacios" y el hecho que Talía no tenía un lugar donde estudiar. Clara Vinueza, directora del jardín de infantes "El Cebollar" escuchó dicho programa, por lo que se comunicó con Teresa Lluy y le indicó que estaba dispuesta a recibir a Talía en su centro educativo"[333]. Al respecto, la señora Vinueza, quien como directora de un jardín infantil contribuyó a que Talía pudiera permanecer en el sistema educativo, manifestó que:

> "[S]e dirigía a[l jardín infantil] en bus de transporte público. En la radio del bus estaban dando a conocer las noticias de la mañana. El periodista anunció un caso muy especial: la presencia de una madre que lloraba […] porque en cierto establecimiento educativo que asistía su niña, de apenas 5 añitos de edad, cuando fue a retirarla, la encontró fuera del establecimiento. La niña tenía una enfermedad contagiosa. [La señora Clara Vinueza] mar[có] el teléfono de la radio, indicando que estaba dispuesta a recibir a la niña en [su] centro educativo […]. Durante el período lectivo [Talía] no tuvo problemas de salud[, sin embargo] visitaron [el] establecimiento autoridades del Ministerio de Educación en varias ocasiones con el propósito de conocer si la niña que tenía VIH/SIDA se encontraba estudiando con [ello]s. [C]on mucha naturalidad y evasivas, cambiaba de tema [y las autoridades] nunca se enteraron que estuvo estudiando con [ello]s. [Ella] cre[e] que [l]e hubieran prohibido dejarle seguir estudiando en el centro educativo porque decían [que] 'esa niña p[odía] contagia[r] a otros niños de VIH/SIDA, y se notaba la posición negativa de que la niña asist[iera] a cualquier centro educativo. [Su] hija y [ella] […] fu[eron] amenazadas por las autoridades de educación que [las] visitaron algunas veces pidiendo información sobre [Talía,] ya que [les] decían que si la niña estuviese allí, eso sería una grave falta y [..] la sanción [sería la] destitución de [su] cargo y el finiquito del contrato de [su] hija que era maestra en la institución. Talía nunca pudo participar en un programa social, debido a que no asistía ya que las autoridades le buscaban

---

329 Declaración juramentada de Teresa Lluy de 22 de abril de 2014 (expediente de prueba, folios 1082 y 1083).

330 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 1, Propósitos de la Educación, 2001, párr. 9.

331 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, párr. 18.

332 Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2006, párr. 11.

333 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015 (expediente de prueba, folio 3595). La declaración de la señora Vinueza no fue controvertida por el Estado.

> constantemente para saber quién e[ra] y en dónde estaba la niña, pero no para brindarle ayuda sino más bien lo contrario[,] parecía una cacería inhumana" [334].

280. Durante el período lectivo Talía no tuvo dificultad para integrarse a su nuevo ambiente y no tuvo problemas de salud[335]. Por otro lado, el Estado no ha controvertido el señalamiento en el sentido de que autoridades del Ministerio de Educación indagaron respecto a si Talía se encontraba estudiando en "El Cebollar", por el supuesto riesgo que generaría para otros niños. Adicionalmente, en dicho jardín infantil también recibieron visitas de la Cruz Roja del Azuay en presencia de un padre de familia quien conoció de la existencia de una niña con VIH en "El Cebollar", motivo por el cual retiraron a algunos niños y niñas del establecimiento[336]. La Corte observa que uno de los efectos del estigma lo constituyó la necesidad que tuvieron tanto la familia Lluy como las profesoras de una de las instituciones educativas que recibió a Talía, de negar su situación de persona con VIH para no ser objeto de un trato arbitrario.

281. Debido a que la institución "El Cebollar" solo era jardín de infantes, después de dos períodos lectivos Teresa Lluy debió conseguir otra escuela para Talía. La señora Vinueza manifestó que ayudó en dicha tarea comentándole la situación a una amiga de confianza, también maestra, quien no tuvo problema en recibir a Talía. Sin embargo, la señora Vinueza sostuvo que "[c]on el paso del tiempo las autoridades de educación se enteraron que [Talía] estudió en [el] centro educativo ["El Cebollar"] y en varias ocasiones [l]e llamaron de la Subsecretaría de Educación solicitando información sobre la niña"[337].

282. Dada la precaria situación económica de la familia de Talía y el estigma asociado a su enfermedad, la educación de ésta no fue estable en un sola institución educativa. En una declaración jurada escrita, no controvertida por el Estado, Talía manifestó que:

> "[su m]am[á la] llevó a muchas escuelas que eran muy lejos de [su] casa […] tenía[n] que ir en bus alrededor de una hora para llegar a la escuela, por lo que [l]e tocaba madrugar mucho todos los días, los buses iban llenos, el viaje era largo, incómodo" [338].

283. Por otro lado, Iván Lluy manifestó que en su colegio también enfrentó situaciones, relacionadas con el VIH de Talía, que lo hicieron deprimirse. Al respecto, declaró que "[sus] profesores de frente [l]e decían: '¿su hermana es la del problema con la Cruz Roja?"[339].

284. Como se observa, en diversos escenarios del ámbito educativo tanto Talía como su familia fueron objeto de un entorno hostil a la enfermedad. Al respecto, teniendo en cuenta que bajo la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discapacidad es una manifestación de la inagotable diversidad humana, era obligación de las instituciones educativas proporcionar un entorno educativo que aceptara y celebrara esa diversidad. La Corte considera que la necesidad que tuvo Talía Gonzales Lluy,

---

334 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3596).

335 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3596).

336 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3597).

337 Declaración ante fedatario público de Clara Vinueza de 12 de febrero de 2015, (expediente de prueba, folio 3598).

338 Declaración juramentada de Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folio 1097).

339 Declaración juramentada de Iván Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folio 1112).

su familia y algunas de sus profesoras de ocultar el hecho de que Talía vivía con VIH o esconderse para poder acceder y permanecer en el sistema educativo constituyó un desconocimiento al valor de la diversidad humana. El sistema educativo estaba llamado a contribuir a que Talía y su familia pudieran hablar del VIH sin necesidad de ocultarlo, procurando que ella mantuviera la mayor autoestima posible gracias a su entorno y en gran medida a partir de una educación de los demás estudiantes y profesores a la luz de lo que implica la riqueza de la diversidad y la necesidad de salvaguardar el principio de no discriminación en todo ámbito.

*B.5. Alcance de la discriminación ocurrida en el presente caso*

285. La Corte constata que la discriminación contra Talía ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió.

286. El Comité CEDAW, en su Recomendación General No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, indicó lo siguiente sobre las niñas y adolescentes:

> En particular, los Estados partes están obligados a promover la igualdad de los derechos de las niñas, dado que están comprendidas en la comunidad más amplia de las mujeres y son más vulnerables a la discriminación en el acceso a la educación básica, así como a la trata de personas, el maltrato, la explotación y la violencia. Todas estas situaciones de discriminación se agravan cuando las víctimas son adolescentes. Por lo tanto, los Estados deberán prestar atención a las necesidades específicas de las niñas (adolescentes) ofreciéndoles educación sobre salud sexual y reproductiva y llevando a cabo programas para prevenir el VIH/SIDA, la explotación sexual y el embarazo precoz[340].

287. Acerca de la situación de los familiares de niñas y niños con VIH, la Observación General No. 3 del Comité de los Derechos Niño respecto del VIH/SIDA y los derechos del niño estableció que "la discriminación es la causante del aumento de la vulnerabilidad de los niños al VIH y el SIDA, así como de los graves efectos que tiene la epidemia en la vida de los niños afectados. La discriminación hace que se deniegue a los niños el acceso a la información, la educación […], los servicios de salud y atención social o a la vida social". La Observación General también señala que, en "su forma más extrema, la discriminación contra los niños y las niñas infectadas por el VIH se manifiesta en su abandono por la familia, la comunidad y la sociedad. La discriminación también agrava la epidemia al acentuar la vulnerabilidad de los niños, en particular los que pertenecen a determinados grupos, los que viven en zonas apartadas o rurales, donde el acceso a los servicios es menor. Por ello, esos niños son víctimas por partida doble"[341].

---

[340] Comité CEDAW, Recomendación General No. 28, 2010, párr. 21. Asimismo, según el Comité CEDAW, "los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas". Comité CEDAW, Recomendación General No. 28, 2010, párr. 18. En el mismo sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), establece en su artículo 9 lo siguiente: Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

[341] Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 3, El VIH/SIDA y los derechos del niño, 2003, párr. 7.

288. La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos[342]. En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que "la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres"[343]. En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos)[344].

289. En el presente caso, a través de declaraciones no controvertidas por el Estado, se ilustró sobre el impacto que tuvo la situación de pobreza de la familia Lluy en la forma de abordar el VIH de Talía (*supra* párr. 215). También ha sido explicada la discriminación en el ámbito educativo asociada a la forma como, en forma prejuiciosa y estigmatizante, se consideró a Talía Gonzales Lluy como un riesgo para sus compañeros de colegio, no solo en la época en la que fue expulsada de la escuela "Zoila Aurora Palacios" sino en otros momentos en los que intentó accesar al sistema educativo. Asimismo, en el aspecto laboral, la Corte nota que Teresa Lluy fue despedida de su empleo por el estigma que le representaba tener una hija con VIH; y posteriormente en otros trabajos que intentó realizar también fue despedida debido a la condición de Talía de persona con VIH (*supra* párr. 217).

290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda

---

342 Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de B.S. Vs. España, reconoció la situación de extrema vulnerabilidad de B.S., quien sufrió discriminación por género, raza, origen nacional, estatus de extranjera y su trabajo como trabajadora sexual. En el texto original, el Tribunal Europeo indicó: "In the light of the evidence submitted in the present case, the Court considers that the decisions made by the domestic courts failed to take account of the applicant's particular vulnerability inherent in her position as an African woman working as a prostitute". Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso B.S. v. España,* No. 47159/08, Sentencia de 24 de julio de 2012, párr. 62. En el mismo sentido, consultar: CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, de 20 de enero de 2007, párrs. 195 a 197; CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia*, de 18 de octubre de 2006, párrs. 102 a 106, y CIDH, *Informe sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití*, de 10 de marzo de 2009, párr. 90.

343 Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2 de mayo de 2011. párr. 67.

344 En relación con las diferencias biológicas, estos roles y expectativas están generadas y afirmadas por factores sociales, culturales, económicos y políticos. En ese sentido, una perspectiva de género y sexualidad explica la fuerza motriz que existe detrás de las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres dentro de un contexto específico. A su vez, esta fuerza también afecta a la vulnerabilidad y al riesgo del individuo, así como a su acceso a los servicios y a su capacidad para practicar sus derechos humanos y por lo mismo, el género y la sexualidad es un enfoque completo que engloba todos los problemas que afectan al VIH. International HIV/AIDS Alliance, *Enfoques de género y sexualidad: respondiendo al VIH, 2010*, p. 16. Disponible en: http://www.aidsalliance.org/assets/000/000/897/90576-Enfoques-de-genero-y-sexualidad_original.pdf?1407754252.

digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada[345]. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

291. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que Talía Gonzales Lluy sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer, y viviendo en condición de pobreza. Por todo lo anterior, la Corte considera que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy.

## XI
## GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL

292. En este capítulo la Corte procederá a analizar los argumentos presentados por las partes y la Comisión, así como a desarrollar las consideraciones de derecho pertinentes relacionadas con las alegadas vulneraciones a las garantías judiciales y a la protección judicial. Para ese efecto, se realizará un análisis en el siguiente orden: a) alegatos y consideraciones en relación con la alegada vulneración al artículo 8 de la Convención, y b) alegatos y consideraciones relativos a la alegada vulneración al artículo 25 de la Convención. Asimismo, se analizará la alegada violación del artículo 19 en relación con el artículo 8 del mismo instrumento.

### *A) Alegadas vulneraciones al artículo 8 de la Convención – garantías judiciales*

#### *A.1. Derecho a ser oído, debida diligencia y plazo razonable en el proceso penal*

*Argumentos de la Comisión y de las partes*

293. La ***Comisión*** señaló que el proceso penal tuvo una duración de nueve años, en los cuales "existieron diversas manifestaciones de falta de debida diligencia". De acuerdo con la Comisión, existió una demora injustificada en el ordenamiento y la práctica de la prueba especializada genética sugerida por los peritos médicos; además "el sumario fue cerrado en más de tres oportunidades por parte de las autoridades judiciales a pesar de que no se había practicado esta prueba fundamental[, lo que provocó] que la Fiscalía tuviera que solicitar en múltiples ocasiones a las autoridades judiciales la reapertura del sumario, con las consecuentes demoras adicionales". Asimismo, la Comisión argumentó que "[u]na de las manifestaciones más claras de la falta de diligencia en el proceso penal, se relaciona con el

[345] Al respecto, Talía ha declarado: "¿Cómo tener un amigo, un enamorado, qué le iba a decir, cómo contarle de mis sentimientos, darle un beso? Tenía y tengo mucho miedo, ¿cómo le cuento a un enamorado que tengo VIH, que no fue mi culpa, que no me huya, que no tenga miedo, que soy una persona con sentimientos y que como cualquier otra puedo amar y quiero ser amada? [..] anhelo [...] tener lo que necesito para poder hacer en mi vida lo que quiero, irme donde yo quiera, viajar [...] estudiar lo que me gusta, que en medio de mi soledad, como niña, adolescente, mujer joven, si no puedo disfrutar de una buena amistad, un esposo, unos hijos, por lo menos mi vida sola sea lo mejor posible". Declaración ante fedatario público de Talía Gonzales Lluy de 22 de abril de 2014, (expediente de prueba, folios 1101, 1103 y 1104).

paso de cuatro años, desde el momento en que se formalizó y aceptó la acusación en contra de [MRR]". Según la Comisión, el Estado no realizó diligencias para dar con el paradero de MRR, y por el contrario, permaneció inactivo durante cuatro años hasta que resultó aplicable la figura de prescripción, precisamente como consecuencia de su falta de debida diligencia.

294. Los ***representantes*** señalaron que la suma total de tiempo invertido por la familia Lluy en los casos fue de más de cinco años en el proceso penal y aproximadamente cuatro en el proceso civil, lo cual consideraron un tiempo excesivo si se toma en cuenta la importancia de los derechos involucrados en el caso y la gravedad de la situación de Talía. Agregaron que cuando se trata de proteger a personas que están en especial estado de vulnerabilidad, como es el caso de una persona con VIH, la oportuna resolución de las acciones judiciales tiene especial importancia. Además, los representantes alegaron que el Estado vulneró el derecho de la familia Lluy a ser oída, puesto que las presuntas víctimas no fueron escuchadas en juicio a pesar de los insistentes reclamos durante los procedimientos. De acuerdo con los representantes, durante los procesos penal y civil "sólo se escuch[ó] la versión de la Cruz Roja", o se le escuchó con prioridad, asignando toda la carga de la prueba a la familia Lluy.

295. El ***Estado*** alegó que debía tenerse en cuenta la complejidad del asunto, toda vez que en el presente caso existían múltiples exámenes médicos que se le realizaron a Talía. En el mismo sentido, señaló que en esa época el Ecuador no contaba con la tecnología necesaria para realizar exámenes y análisis que permitieran establecer o eliminar la posibilidad de que la transfusión sanguínea fuera la causa del contagio de Talía. El Estado también alegó que se debieron realizar gestiones que implicaron tiempo y costos para enviar las muestras de sangre al exterior con los requerimientos técnicos necesarios para que una institución extranjera realizara los análisis requeridos.

296. El Estado señaló además que Talía y su familia hicieron uso de los recursos disponibles sin agotarlos conforme lo disponía la normativa nacional, y que la dilación del proceso penal no es imputable a la conducta de la autoridad judicial, sino a las actuaciones procesales de las presuntas víctimas. Respecto a la prescripción del proceso, el Estado argumentó que MRR habría huido del país y no había podido ser capturada, pese a los esfuerzos realizados para su localización. Por ese motivo, y de acuerdo a la legislación de esa época, no se había podido juzgar a la persona *in absentia* y, transcurrido el tiempo establecido en la ley, el ejercicio de la acción penal había prescrito.

297. Asimismo, el Estado señaló que "las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la C[onvención] se reflejan cumplidas[,] atendiendo al derecho de la señora Teresa Lluy en las siguientes actuaciones judiciales: [d]enuncia, parte policial, versión ante la policía, testimonio ante el juez, ampliación del testimonio ante el juez y acusación [p]articular". Finalmente, el Estado argumentó que se llevaron a cabo procesos judiciales donde la presunta víctima Teresa Lluy rindió regularmente declaraciones y presentó las pruebas que consideró pertinentes. De acuerdo con el Estado, "las decisiones de las autoridades judiciales, aunque a veces no beneficiaron a las pretensiones de los demandantes, se deben considerar como actuaciones legales que cumplieron con los estándares internacionales establecidos en la C[onvención]".

*Consideraciones de la Corte*

298. Respecto al presunto incumplimiento de la garantía judicial de plazo razonable en el proceso penal, la Corte examinará los cuatro criterios establecidos en su jurisprudencia en la materia: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la

persona involucrada en el proceso[346]. La Corte recuerda que corresponde al Estado justificar, con fundamento en los criterios señalados, la razón por la cual ha requerido del tiempo transcurrido para tratar el caso y, de no demostrarlo, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto[347].

299. En el presente caso, el proceso penal comenzó con la denuncia presentada por Teresa Lluy el 29 de septiembre de 1998 y concluyó con la declaratoria de prescripción emitida el 28 de febrero de 2005 (*supra* párrs. 86 y 115), por lo que la duración del proceso fue de aproximadamente seis años y medio. En vista de lo anterior, la Corte entrará ahora a determinar si el plazo transcurridos es razonable conforme a los criterios establecidos en su jurisprudencia.

a) la complejidad del asunto

300. Este Tribunal ha tenido en cuenta diversos criterios para determinar la complejidad de un proceso. Entre ellos, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación[348].

301. La Corte observa que en el presente caso, en el marco del proceso penal, existía cierto nivel de complejidad para obtener las pruebas necesarias a fin de determinar la causa del contagio de Talía, toda vez que para el momento de los hechos las pruebas de sangre requeridas no podían practicarse en el Ecuador (*supra* párr. 95). La Corte considera que los requisitos y trámites para poder obtener las pruebas de un laboratorio en Europa constituyeron, en el momento de los hechos del presente caso, un elemento de complejidad para resolver el proceso penal.

b) la actividad procesal del interesado

302. La Corte nota que existió un impulso procesal promovido por las presuntas víctimas y que no hay información sobre actividades de las presuntas víctimas destinadas a obstaculizar el proceso penal. La Corte toma en cuenta lo alegado por el Estado en el sentido de que las presuntas víctimas habrían realizado actuaciones judiciales que impactaron en la duración de los procesos (*supra* párr. 298); no obstante lo anterior, ni la acusación particular interpuesta fuera del tiempo oportuno, ni la impugnación de un auto que no podía ser apelado, pueden considerarse como actividades de las presuntas víctimas que obstaculizaran el proceso. Tomando en cuenta lo anterior, no es posible concluir que la falta de conocimiento técnico de las presuntas víctimas respecto al litigio haya generado realmente una obstaculización del proceso penal[349].

---

346 *Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 255.

347 *Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 156, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 255.

348 *Cfr. inter alia, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 78, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 260.

349 Al respecto, la Corte observa lo señalado por ONUSIDA en su Séptima Directriz de las Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos, en el sentido de que: "[l]os Estados deberían […] facilitar asistencia jurídica gratuita [a las personas que viven con el VIH] para ejercer [sus derechos], ampliar el conocimiento de las cuestiones jurídicas que plantea el VIH y utilizar, además de los tribunales, otros medios de protección como los ministerios de justicia, defensores del pueblo, oficinas de denuncias sanitarias y comisiones de derechos humanos". La Corte nota que en los casos en donde las personas se encuentren en condiciones de

c) La conducta de las autoridades judiciales

303. La Corte nota que la denuncia penal fue interpuesta el 29 de septiembre de 1998, y el 19 de octubre de 1998 se abrió a trámite el proceso y se recabaron diversas pruebas. Posteriormente, el 8 de septiembre de 1999 el Juez declaró concluido el sumario por primera vez y Teresa Lluy solicitó su reapertura para que se realizara la prueba especializada de sangre en la Universidad de Lovaina (*supra* párrs. 86, 88 y 96). El sumario fue reabierto y el 22 de marzo de 2000 nuevamente fue declarado concluido, sin que se hubiese ordenado la práctica de la prueba en Lovaina, por lo que Teresa Lluy solicitó nuevamente que se practicara. El sumario fue abierto nuevamente y el 31 de agosto de 2000 se declaró nuevamente concluido sin que dicha prueba hubiese sido practicada. El 15 de enero de 2001 se dispuso la reapertura del sumario a fin de incorporar la prueba especializada. Posteriormente el sumario fue nuevamente declarado cerrado el 26 de marzo de 2001 y reabierto en abril del mismo año para hacerlo extensivo a MRR, BRR y PMT (*supra* párr. 106). BRR y PMT fueron sobreseídos, y dicha decisión fue confirmada por la Primera Sala de la Corte Superior el 18 de diciembre de 2001 (*supra* párr. 112). Finalmente, el 28 de febrero de 2005 la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia del Azuay dictaminó la prescripción de la acción, en razón de la no comparecencia de la encausada MRR a la audiencia de juzgamiento y al no haber podido ser capturada (*supra* párr. 115).

304. En vista de lo anterior, esta Corte estima que se produjo una demora en el ordenamiento de la práctica de la prueba especializada y que los numerosos cierres del sumario ocasionaron retrasos en el proceso penal. Este Tribunal considera que el Estado no ha demostrado que haya existido una justificación para la demora prolongada al ordenar la realización de la prueba especializada, ni para el retraso provocado por los diversos cierres del sumario. Por ello, la Corte considera que la autoridad judicial no procuró en forma diligente que el plazo razonable se respetara en el proceso penal.

305. En lo que respecta a la prescripción de la acción penal, la Corte observa que la misma fue aplicada conforme a la legislación ecuatoriana vigente al momento de los hechos. No obstante lo anterior, la Corte nota que después de que se dictó el auto de apertura de la etapa plenaria contra MRR, el 29 de octubre de 2001, únicamente se llevaron a cabo tres oficios para la captura de MRR: uno el 23 de octubre de 2002, otro el 26 de junio de 2003 y otro el 12 de febrero de 2004 (*supra* párr. 113), en los cuales sólo se hizo mención a que se habría oficiado la captura de MRR, sin detallar las acciones realizadas para dar con su paradero. Además de esos tres oficios, entre los que transcurrieron varios meses, no hay prueba de que el Estado haya realizado ninguna otra acción encaminada a encontrar a MRR o a impulsar de alguna manera el proceso penal. En vista de lo anterior, la Corte considera que las autoridades no procuraron en forma diligente la localización de MRR, lo que culminó en la prescripción de la acción penal.

306. La Corte resalta que la falta de diligencia y efectividad de los operadores de justicia para encontrar a MRR y continuar con la investigación del caso culminaron en la prescripción de la acción penal. La demora en el proceso y su consecuente prescripción se deben principalmente a la falta de actuación de las autoridades judiciales ecuatorianas, sobre

---

vulnerabilidad por su condición económica, y además existan otros factores que agraven esta vulnerabilidad, como el vivir con VIH, el Estado debería facilitarles asesoría jurídica gratuita para ejercer sus derechos cuando se trate de procedimientos que revistan una importancia particular para preservar la integridad de las personas con VIH, por ejemplo, en los procesos para la solicitud de medicamentos.

quienes recaía la responsabilidad de tomar todas las medidas necesarias para investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables[350].

307. Al respecto, la Corte recuerda que ha analizado, en casos anteriores, la falta de diligencia para la localización de personas contra quienes se sigue un proceso penal, así como la falta de impulso por parte de las autoridades a los procesos penales en el Ecuador. Por ejemplo, en el *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador* operó la prescripción de la acción penal incoada en contra del médico que trató a la víctima debido a que no pudo ser localizado, y transcurridos los diez años establecidos para la prescripción, la acción penal fue declarada prescrita[351]. De igual manera, en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* se declaró la prescripción de la acción penal, en consideración del transcurso de cinco años desde el dictado del auto cabeza del proceso, debido a la falta de diligencia y efectividad de los operadores de justicia en impulsar el proceso de investigación del caso[352].

308. La Corte nota que la reiterada falta de debida diligencia en casos relativos al Estado ecuatoriano ha producido que opere la prescripción de la acción penal en múltiples ocasiones. La Corte considera que estas negligencias en los procesos penales generan una denegación de la justicia en el marco de los mismos, impidiendo que se realice una efectiva investigación de los responsables.

d) La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso e impactos en los derechos de la misma

309. La Corte reitera que, para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. En este sentido, este Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve[353].

310. En el presente caso, respecto al proceso penal, la Corte considera que si bien no existía una afectación en la situación jurídica de Talía, sí existía una afectación en su situación personal relativa a su salud, a su condición de niña y a la atención médica que requería, tomando en consideración las condiciones económicas en que vivía su familia y las dificultades derivadas de esto. Sin la sentencia penal que determinara responsabilidades por el contagio de Talía, no era posible establecer responsables para el pago de daños y perjuicios, situación que impactaba en la vida de Talía y mantenía la compleja situación económica de su familia (*supra* párr. 131).

311. La Corte considera que en el presente caso existía una debida diligencia excepcional que era necesaria debido a la particular situación de vulnerabilidad en que se encontraba Talía, por lo que era imperante tomar las medidas pertinentes con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantizara la pronta resolución y ejecución

---

350 *Cfr. Caso Ximenes Lópes Vs. Brasil*, párr. 199, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 101.

351 *Cfr. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*, párr. 90.

352 *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párrs. 70, 71 y 101.

353 *Cfr. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, párr. 155, y *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, párr. 274.

de los mismos[354]. Además, la Corte destaca que era necesario contar con una condena penal para poder acudir al ámbito civil, lo cual implicaba una obligación reforzada de actuar con debida diligencia dentro del proceso penal.

312. Al respecto, este Tribunal ha establecido que es necesario actuar con especial celeridad cuando, por el propio diseño interno normativo, la posibilidad de activar una acción civil de daños y perjuicios depende del proceso penal[355]. Por otra parte, el Tribunal Europeo ha indicado que se exige una diligencia especial en aquellos casos en los cuales está en juego la integridad de la persona[356].

313. Asimismo, el Tribunal Europeo ha conocido casos en los cuales el debate de los procesos en curso se encontraba relacionado con la situación de una persona con VIH. En el caso *X Vs. Francia,* el Tribunal Europeo analizó el incumplimiento de las garantías judiciales tomando en cuenta que lo que estaba en juego en el proceso judicial era de crucial importancia para el peticionario, debido a la naturaleza de su enfermedad. El Tribunal indicó que en el referido caso era requerida una "diligencia excepcional", independientemente de la cantidad de casos pendientes[357]. Asimismo, en el caso *F.E. Vs. Francia*, el Tribunal Europeo señaló que esta diligencia excepcional debía operar aun entendiendo cierto nivel de complejidad en este tipo de casos[358].

314. En una similar situación esta Corte consideró que:

> la falta de conclusión del proceso penal ha[bía] tenido repercusiones particulares […] ya que, en la legislación del Estado, la reparación civil por los daños ocasionados como consecuencia de un hecho ilícito tipificado penalmente p[odía] estar sujeta al establecimiento del delito en un proceso de naturaleza criminal, por lo que en la acción civil de resarcimiento tampoco se ha[bía] dictado sentencia de primera instancia. Es decir, la falta de justicia en el orden penal ha[bía] impedido que [se obtuviera] una compensación civil por los hechos del […] caso[359].

315. Tomando en consideración i) que en el presente caso la integridad de Talía estaba en juego; ii) la consecuente urgencia derivada de su condición de niña con VIH, y iii) la crucial importancia en la resolución de los procesos para el acceso de Talía y su familia a una reparación por daños y perjuicios, la Corte concluye que existía una obligación especial de actuar con debida diligencia, y que esta obligación no fue cumplida por el Estado.

e) Conclusión sobre el plazo razonable en el proceso penal

316. Una vez analizados los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el marco del proceso penal (*supra* párr. 300), y teniendo en cuenta que existía un deber de actuar con excepcional debida diligencia considerando la situación de Talía (*supra* párr. 317), la Corte concluye que el Ecuador vulneró la garantía judicial al plazo razonable prevista en el

---

354 *Cfr. Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, párr. 196.

355 *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párrs. 102 y 103.

356 *Cfr.* TEDH, *Laudon Vs. Alemania* (No. 14635/03), Sentencia de 26 de abril de 2007, párr. 72; TEDH, *Orzel Vs. Polonia* (No. 74816/01), Sentencia de 25 de junio de 2003, párr. 55, y TEDH, *Inversen Vs. Dinamarca* (No. 5989/03), Sentencia de 28 de diciembre de 2006, párr. 70.

357 *Cfr.* TEDH, *X. Vs. Francia* (No. 18020/91), Sentencia de 31 de marzo de 1992, párr. 47.

358 *Cfr.* TEDH, *F.E. Vs. Francia* (No. 60/1998/963/1178), Sentencia de 30 de octubre de 1998, párr. 57.

359 *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil,* párr. 204.

artículo 8.1 en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy.

317. La Corte observa que la Comisión y los representantes alegaron que el derecho al plazo razonable también habría sido vulnerado en perjuicio de Teresa Lluy y de Iván Lluy. Al respecto, este Tribunal considera que la titular de los derechos vulnerados en el presente caso era Talía y que su madre actuó en su representación, más no ejerciendo un derecho propio, por lo que la Corte no considera que deba hacerse un pronunciamiento respecto a Teresa Lluy. En lo que respecta a Iván Lluy, además de que la titularidad de los derechos vulnerados era de Talía y no de Teresa o Iván, la Corte observa que no existe prueba de que Iván hubiese participado en el procedimiento penal ni el procedimiento civil, siendo únicamente Teresa, en representación de Talía, quien participó en los procesos. En consecuencia, la Corte no considera que sea necesario hacer un pronunciamiento respecto a Iván Lluy.

*A.2. Debida diligencia y plazo razonable en el proceso civil*

*Argumentos de la Comisión y de las partes*

318. La ***Comisión*** señaló que la culminación del proceso civil se dio mediante una declaratoria de nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda, por lo que "las autoridades judiciales en el ámbito de la acción civil [habrían tardado] cuatro años para finalmente resolver que la demanda civil no cumplía con el requisito necesario para ser admitida".

319. Los ***representantes*** señalaron que consideran un tiempo excesivo el invertido por la familia Lluy en el proceso civil y que no fueron escuchados debidamente en el proceso (*supra* párr. 296).

320. El ***Estado*** alegó que las presuntas víctimas siempre fueron escuchadas dentro de los procesos (*supra* párr. 299); y señaló que los representantes fusionaron el análisis de los procesos civil y penal, sin diferenciar el trámite, tiempos, formalidades y características de cada uno de los juicios, lo que según el Estado podría inducir a error de apreciación por parte de la Corte.

*Consideraciones de la Corte*

321. La Corte nota que el proceso civil comenzó con la solicitud de amparo de pobreza presentada por Teresa Lluy el 26 de septiembre de 2001 (*supra* párr. 118) y concluyó con la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, emitida el 18 de mayo de 2006 (*supra* párr. 131), es decir que la duración del proceso fue de aproximadamente cuatro años y medio.

322. Al respecto, atendiendo los cuatros criterios establecidos en su jurisprudencia en la materia (*supra* párr. 300), la Corte considera que no se han aportado elementos que permitan concluir que la duración del proceso civil haya sido violatorio de las garantías de plazo razonable y debida diligencia.

*A.3. Alegado impacto de la prejudicialidad en el acceso a la justicia*

*Argumentos de la Comisión y de las partes*

323. La ***Comisión*** alegó que la demanda de daños y perjuicios fue rechazada como consecuencia de la falta de una condena penal en firme. Además, la Comisión señaló que "no

existe claridad sobre la manera en que operaba la denominada prejudicialidad en este tipo de casos[;] de los peritajes recibidos en la audiencia y, en particular, del peritaje de Diego Zalamea León, resulta que existía un contexto de incerteza jurídica al respecto".

324. Los ***representantes*** señalaron que en el proceso civil por daños y perjuicios el juez declaró que no era procedente la demanda civil porque no había sido declarada la responsabilidad en el proceso penal llevado a cabo. Asimismo, los representantes indicaron que había prejudicialidad penal frente al juicio civil. Al respecto, afirmaron que "[e]l juez civil no debió haber tardado varios años para declarar algo que se sabía desde la presentación de la demanda", y que la acción planteada por Teresa Lluy era de daño moral y no buscaba la indemnización por un delito, por lo que la prueba necesaria era distinta.

325. El ***Estado*** señaló que la sentencia penal condenatoria constituye un requisito de prejudicialiad indispensable para el ejercicio de la acción civil de daños y perjuicios derivada del cometimiento de un delito penal en el Ecuador. El Estado consideró que el inadecuado asesoramiento legal que tuvo la señora Teresa Lluy le llevó a confundir la vía a través de la cual debía demandar a los presuntos responsables, al interponer la acción indemnizatoria civil -que no procedería pues no habiendo sido encontrada ninguna persona culpable en el ámbito penal "resulta[ba] ilógico que se vea obligada a pagar las obligaciones civiles"- y no la acción de conocimiento ordinaria, diseñada para establecer el derecho a ser resarcida por daños morales. Además, el Estado afirmó que si bien es cierto que la sentencia del juez civil de primera instancia declaró improcedente la demanda por falta de derecho, la señora Teresa Lluy tuvo la posibilidad de impugnar esta sentencia que fue confirmada luego por la Corte Suprema de conformidad con el marco jurídico ecuatoriano en la materia.

*Consideraciones de la Corte*

326. La Corte observa que el alegato de los representantes y la Comisión se centra en una aplicación indebida de la prejudicialidad por parte de los tribunales ecuatorianos, así como en un contexto de falta de certeza jurídica en torno a dicha figura[360]. Al respecto, cabe señalar que la prejudicialidad en materia civil se encontraba prevista en el Código de Procedimiento Penal de 1983[361]. Además, la prejudicialidad ha sido analizada en diversos casos en el orden interno en el Ecuador[362], como sucedió en la resolución de la demanda por daños y perjuicios interpuesta por Teresa Lluy. Asimismo, la Corte observa que la prejudicialidad existe en

---

[360] En este punto la Corte nota que, con relación a la legislación interna, el perito Julio César Trujillo afirmó en la audiencia pública que el proceso civil podía haber seguido aun con la prescripción del juicio penal. El perito Trujillo señaló que el proceso civil podía seguirse prescindiendo de todo juicio penal, por simple negligencia, siempre que la negligencia fuera grave y hubiera causado perjuicio; y afirmó además que en este caso no cabía la prejudicialidad pues bastaba que hubiera negligencia aunque no hubiera habido la intensión dolosa de causar los perjuicios que realmente causaron. Por otra parte, el perito Diego Zalamea León afirmó en la audiencia pública que en el presente caso operó la prejudicialidad, puesto que la señora Teresa ya había interpuesto una denuncia penal la cual terminó en la prescripción del proceso, lo cual generó que ésta no fuera la vía de acción adecuada, puesto que era la vía administrativa, por ello, la acción civil por daños y perjuicios no se propuso de forma correcta ni ante el juez competente, lo cual generó que se aplicara la prejudicialidad como se establece en la legislación de la época en que se cometieron los hechos conforme a que se necesitara una sentencia condenatoria en el proceso civil para poder interponer una demanda civil respecto a la reparación de daños y perjuicios.

[361] *Cfr.* Artículo 17 del Código de Procedimiento Penal del Ecuador de 1983 (expediente de prueba, folio 1885).

[362] Según la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, "para demandar por daño moral deberá existir previamente una sentencia condenatoria en el ámbito penal. La acción de daño moral es autónoma e independiente". Ex Sala de lo Civil, Mercantil Y Familia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Sentencia 0374-2011 de 26 de mayo de 2011.

algunos ordenamientos de la región[363] y ha sido valorada previamente por este Tribunal en otros casos[364].

327. La Corte considera que en este caso no existen suficientes elementos probatorios que permitan concluir que la existencia de prejudicialidad en la normativa ecuatoriana constituye, por sí misma, una violación a las garantías judiciales. A este respecto, la Corte considera que si bien en el presente caso operó la prejudicialidad, la misma fue aplicada con base en la legislación ecuatoriana vigente al momento de los hechos, con relación al recurso presentado por Teresa Lluy. Asimismo, este Tribunal considera que no se han presentado suficientes argumentos y pruebas que permitan afirmar que el recurso interpuesto por Teresa Lluy fue el resultado de una falta de claridad en la legislación ecuatoriana. La Corte observa que la presentación de la demanda de daños y perjuicios pudo obedecer a una falta de precisión de los representantes de la señora Teresa Lluy a nivel interno y no existen elementos para imputar al Estado los efectos negativos que pudo haber generado para las presuntas víctimas esa estrategia de litigio a nivel interno o las insuficiencias mismas del litigio.

### *B) Alegada vulneración al artículo 25 de la Convención – protección judicial*

*B.1. Acción de amparo constitucional*

*Argumentos de la Comisión y de las partes*

328. Los ***representantes*** señalaron que en el juicio de amparo "el juez [protegió] a quienes no lo solicita[ron] ni [eran] víctimas de derechos[, tal es el caso de] los otros estudiantes, los profesores y personas que se relaciona[ban] con Talía".

329. El ***Estado*** alegó que el amparo constitucional fue presentado con el patrocinio de la Defensoría del Pueblo, de modo que la señora Teresa Lluy tuvo el respaldo institucional del Estado al momento de proponer la acción de amparo de los derechos de su hija. De igual manera, el Estado resaltó que el órgano jurisdiccional encargado de resolver la acción de amparo se pronunció luego de tres días de interpuesto declarando inadmisible tal recurso y que "si la señora Teresa Lluy no se sentía satisfecha con la resolución dictada por el juez competente, [ésta] podía ser apelada ante el Tribunal Constitucional para su confirmación o revocatoria definitiva. Sin embargo, la [señora Lluy] no hizo uso de este recurso impugnatorio, por lo que la decisión de la acción de amparo quedó en firme".

330. Finalmente, el Estado informó que dentro del nuevo marco constitucional en el año 2008, la acción de amparo ha sido ampliada y comprende la i) la acción de protección, que procede incluso contra políticas públicas, personas particulares, personas que prestan servicios públicos impropios, y, en casos en que el afectado se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación, y ii) la acción extraordinaria de protección que procede en contra sentencias y autos definitivos violatorios a derechos constitucionales, sea por acción u omisión.

*Consideraciones de la Corte*

---

[363] Entre otros, ver el artículo 1775 del Código Civil de la República Argentina: "Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad".

[364] *Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil,* párr. 204, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 105.

331. La Corte observa que el 8 de febrero de 2000, Teresa Lluy con ayuda del Comisionado del Defensor del Pueblo de Azuay presentó una acción de amparo constitucional ante el Tercer Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en contra del Ministerio de Educación y Cultura, del director de la escuela "Zoila Aurora Palacios" y de la profesora APA, en razón de una presunta privación al derecho a la educación de Talía (*supra* párr. 135).

332. El 11 de febrero de 2000, el Tribunal Distrital declaró inadmisible el recurso de amparo constitucional, considerando que "exist[ía] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ía] que predomin[ara]n los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación". El Tribunal consideró que Talía podía ejercer su derecho a la educación, "mediante una instrucción particularizada y a distancia" (*supra* párrs. 141 y 144).

333. La Corte resalta que no cuenta con pruebas que permitan sustentar el argumento presentado respecto a la falta de protección judicial de Talía en el trámite del amparo constitucional, por lo que concluye que no puede determinarse que haya existido una violación a la garantía de protección judicial. Por consiguiente, la Corte estima que respecto a este amparo constitucional el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25.1 de la Convención.

*B.2. Proceso penal y civil*

*Argumentos de la Comisión y de las partes*

334. La ***Comisión*** sostuvo que ni Talía ni su madre han recibido protección judicial alguna frente al contagio sufrido por Talía. Según la Comisión, a Talía, a su madre y a su hermano les ha estado vedado el acceso a obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del contagio, debido a que la acción penal no culminó con una condena en firme y, actualmente, se encuentra prescrita. De acuerdo con la Comisión, esta situación refleja una flagrante denegación de justicia y, en consecuencia, resulta violatoria de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de Talía y su madre.

335. Los ***representantes*** señalaron que el Estado vulneró el artículo 25 de la Convención, relativo al derecho a la protección judicial, debido a que en el juicio penal hubo "una reiterada manifestación de voluntad estatal-judicial para evitar presentar pruebas solicitadas por Teresa Lluy"; aunado a que se cerró "tres veces" el sumario sin que las autoridades jurisdiccionales hicieran los requerimientos solicitados por Teresa Lluy. Además, los representantes alegaron que el juez penal tuvo por acreditada la infracción penal pero no la responsabilidad de los imputados.

336. El ***Estado*** argumentó que "dentro del marco normativo ecuatoriano, el recurso adecuado y efectivo para determinar responsabilidades en cuanto al contagio a Talía resultaba ser el juicio penal, tendiente a procesar a los responsables de la infracción", al cual Talía y sus familiares efectivamente contaron con el derecho de acceso. Además, el Estado señaló que el proceso también fue efectivo y eficaz, pues implicó a través de su desarrollo procesal la posibilidad real de alcanzar la protección judicial requerida. Así, durante la sustanciación de la etapa del sumario y plenario, tanto de oficio como a petición de parte se ordenaron y llevaron a efecto las diligencias procesales que se consideraron necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Por tanto, según el Estado no existieron omisiones en la recabación de la prueba al solicitar y ordenar las diligencias probatorias necesarias para determinar lo sucedido.

337. Asimismo, el Estado alegó que en todas las etapas procesales, Talía y su familia pudieron interponer los recursos disponibles en la legislación penal vigente y que por el hecho de que un recurso no genere un efecto favorable para el reclamante, "no por ello deviene necesariamente en ineficaz". Finalmente, el Estado rechazó los argumentos de los representantes sobre la reiterada manifestación de la voluntad estatal para evitar las diligencias procesales solicitadas por ellos, toda vez que el enjuiciamiento penal "fue sustanciado por los jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, quienes ajustaron sus actuaciones conforme a derecho y en uso del poder exclusivo y excluyente otorgado desde la Constitución, para decidir conforme a derecho, luego de realizar las consideraciones pertinentes sobre la causa que se le sometió a su conocimiento".

*Consideraciones de la Corte*

338. A criterio de este Tribunal, en el presente caso no se aportaron pruebas que permitan concluir que la denuncia penal no era un recurso adecuado o idóneo para determinar las responsabilidades penales por el contagio de Talía. Asimismo, la Corte considera que no cuenta con elementos para determinar que existiera una voluntad estatal de no considerar las pruebas presentadas por Teresa Lluy en los procesos penal y civil, por lo que no existen elementos que demuestren que las actuaciones de las autoridades judiciales implicaron una afectación en la protección judicial de Teresa Lluy y Talía. Por consiguiente, la Corte estima que respecto a los procesos penal y civil, el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25.1 de la Convención.

### *C) Conclusión*

339. La Corte concluye que el Estado vulneró las garantías judiciales de debida diligencia y plazo razonable previstas en el artículo 8.1 en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía, en lo relativo al proceso penal. Por otro lado, la Corte concluye que el Estado no vulneró las garantías judiciales de debida diligencia y plazo razonable en el trámite del proceso civil.

340. Asimismo, la Corte concluye que el Estado no violó las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con la aplicación de la prejudicialidad en el presente caso. Por último, respecto de la resolución del amparo constitucional y los procesos penal y civil, la Corte considera que el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

## XII
## REPARACIONES
## (Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)

341. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana[365], la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño

---

[365] El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que: "[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertades conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

comporta el deber de repararlo adecuadamente[366], y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado[367].

342. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron[368]. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados[369].

343. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho[370].

344. En consideración de las violaciones declaradas en los capítulos anteriores, el Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia de la Corte en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar[371], con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados a las víctimas.

### *A. Parte Lesionada*

345. Este Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quienes han sido declarados víctimas de la violación de algún derecho reconocido en la misma[372]. Por lo tanto, esta Corte considera como "parte lesionada" a Talía Gabriela Gonzales Lluy, Teresa Lluy e Iván Lluy, quienes en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en los capítulos IX, X y XI serán considerados beneciarias y beneficiario de las reparaciones que la Corte ordene.

### *B. Obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables*

---

366 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 451.

367 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párr. 25, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú,* párr. 451.

368 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párr. 26, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú,* párr. 452.

369 *Cfr. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú,* párr. 452.

370 *Cfr. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú,* párr. 453.

371 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párrs. 25 a 27, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú,* párr. 454.

372 *Cfr. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 233, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú,* párr. 455.

346. La ***Comisión*** solicitó que se realice una investigación completa y efectiva de las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente caso.

347. Los ***representantes*** solicitaron a la Corte que ordene al Estado investigar y sancionar a las personas que provocaron la violación de los derechos de Talía y su familia; ya que estos hechos "no pueden quedar en la impunidad y […] pueden seguir afectando a otras personas en similares circunstancias que Talía". Resaltaron que la necesidad de investigar "no debe restringirse a graves violaciones a los derechos civiles relacionadas a delitos", y que debe ser de carácter administrativo, civil o constitucional.

348. En casos anteriores, ante determinadas violaciones, la Corte ha dispuesto que el Estado inicie, según el caso, acciones disciplinarias, administrativas o penales, de acuerdo con su legislación interna, en relación con los responsables de las distintas irregularidades procesales e investigativas[373]. En el presente caso, este Tribunal determinó que el Estado vulneró la garantía judicial de plazo razonable en perjuicio de Talía en el proceso penal y civil (*supra* párr. 318). Sin embargo, señaló que no existen elementos que demuestren que las actuaciones de las autoridades judiciales implicaran una afectación en la protección judicial de Teresa Lluy y Talía respecto a los procesos civil y penal (*supra* párr. 318). Además, la Corte declaró que el Estado no vulneró el derecho a la protección judicial de Talía respecto al proceso de amparo constitucional (*supra* párr. 335). En vista de lo anterior, la Corte no estima pertinente ordenar una reparación respecto de la apertura de nuevas investigaciones administrativas, disciplinarias o penales en relación con los hechos del presente caso.

### *C. Medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición*

#### *C.1) Medidas de restitución*

349. Los ***representantes*** alegaron que, al no ser posible la restitución del derecho violado en el presente caso, "considerando que el hecho violatorio ha acarreado secuelas en cada momento de las vidas de la familia y en todos sus espacios de relaciones sociales", la indemnización a otorgarse no debería ser menor a US$ 100.000,00 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas.

350. Ni el ***Estado*** ni la ***Comisión*** se refirieron a la solicitud presentada.

351. En el presente caso, la Corte nota que no es posible devolver a las víctimas a la situación anterior a las violaciones declaradas en el presente caso, es decir previamente a que Talía fuera contagiada con VIH. Debido a lo anterior, la Corte valorará esta solicitud planteada por los representantes en el marco de la indemnización compensatoria por concepto de daño inmaterial.

#### *C.2) Medidas de rehabilitación*

352. La ***Comisión*** recomendó proveer, en consulta con Talía, "de manera inmediata y permanente" el tratamiento médico especializado que requiere.

353. Los ***representantes*** requirieron que, a través del Ministerio de Salud, se brinde a Talía la atención en salud necesaria, incluyendo exámenes médicos, los mejores medicamentos y consultas adecuadas. Asimismo, solicitaron que se realice un plan de atención que incluya "un plan de contingencia en el caso de que se cambien autoridades o cualquier otra situación que

---

[373] *Cfr. Caso de la Masacre de las Dos Erres,* párr. 233, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 172.

pueda ocurrir para evitar interrupciones en el servicio y garantizar su derecho a la salud y vida". Además, reiteraron la necesidad de que la atención sea oportuna, de calidad y con calidez. Por otra parte, en sus alegatos finales escritos, solicitaron que se tomen en cuenta las recomendaciones hechas por la perita Diana Murcia, quien indicó que "es necesario que Talía y su familia ingrese[n] a un proceso terapéutico por lo menos de ocho meses, mínimo de tres sesiones al mes", así como la realización de una evaluación posterior al proceso terapéutico para determinar si es necesario prolongar la terapia o cambiar el enfoque. Respecto de las afectaciones de salud sufridas por Teresa e Iván Lluy, los representantes solicitaron reparación en el marco de las indemnizaciones compensatorias.

354. El ***Estado*** manifestó que posee política pública vinculada al tratamiento del VIH de manera efectiva, por lo que la solicitud hecha por los representantes "carece de fundamento". Además, señaló que las acciones llevadas a cabo respecto al tratamiento del VIH se sustentan en parámetros establecidos por organismos internacionales. Por otra parte, informó que en las provincias de Azuay y Cañar existen trece centros que brindan servicios de calidad en salud, y reiteró que "espera que Talía […] continúe atendiéndose en el [h]ospital público Homero Castanier" bajo el cuidado de un doctor especialista en la rama de medicina interna y responsable del Programa de VIH en dicho hospital. Asimismo, "invit[ó] a Talía Gonzales, su madre y hermano a utilizar los servicios de salud del Ecuador, de los diferentes [h]ospitales y [c]entros de [s]alud pública". Por otro lado, durante la audiencia pública el Estado manifestó que, si la Corte declara la responsabilidad estatal, "continuará con el protocolo integral de salud que ha venido dando[,] e implementará el manejo ambulatorio del mismo, con acceso al tratamiento antirretroviral necesario y otorgamiento de apoyo psicológico y asistencia social a Talía y su madre, en las instituciones de la red pública de salud en las distintas especialidades y niveles de atención".

355. La Corte nota lo informado por los representantes en la solicitud de Medidas Provisionales presentada dentro del proceso, en el sentido de que desde el mes de mayo de 2014 hasta la fecha Talía ha venido recibiendo atención médica en el hospital de Azogues, perteneciente a la red pública de salud del Ecuador. Los representantes señalaron que durante este período su salud se ha estado deteriorando, y su conteo de células CD4 ha disminuido con rapidez[374]. Según los representantes, la medicina que le otorgan en la red pública "no hace que [su] salud mejore, n[i] se mantengan bien [sus] defensas". Por ello, los representantes solicitaron que se nombre una comisión de alto nivel, conformada por personas de confianza de Talía, para que puedan determinar las condiciones necesarias para que su salud se restablezca, y que el Estado "corra con todos los gastos erogados para la atención emergente de salud de Talía".

356. Al respecto, la Comisión "expres[ó] su profunda preocupación por la información presentada por [los] representante[s] en cuanto [a] la situación precaria de salud, específicamente la disminución progresiva y acelerada de las defensas de Talía", y observó que su salud, vida e integridad personal "están seriamente amenazadas". Por ello, resaltó la importancia de que la Corte "establezca la necesidad de que el Estado provea inmediatamente a la beneficiaria el tratamiento antir[r]etroviral específico que requiere según su situación concreta de salud, a través de los medios públicos o privados que los ofrezcan".

---

[374] De acuerdo con la información aportada por los representantes, antes de que Talía fuera atendida en el hospital público de Azogues su conteo de células CD4 se encontraba en 518. Para el 5 de noviembre de 2014, fecha en la cual ya se encontraba bajo la atención del hospital público, su conteo bajó a 366, lo cual, señalaron, fue descrito como normal por el médico tratante del hospital. El 20 de mayo de 2015, su conteo de células CD4 se encontraba en 256, y el 13 de julio de 2015 bajó a 171.

357. Por otra parte, el Estado alegó que, de acuerdo al Informe Médico Especializado del Ministerio de Salud Pública de 20 de julio de 2015, ha estado realizando diversos controles de la salud de Talía[375]. Sin embargo, el Estado estima que "existe una probabilidad de resistencia al tratamiento", por lo que resaltó la importancia de practicar un examen de genotipificación y dosificación medicamentosa a Talía para determinar el tratamiento futuro con el que se trataría su condición. Asimismo, el Estado informó que Talía ha presentado dificultades para realizarse los exámenes necesarios, por lo que el doctor tratante "ha procedido a realizar llamadas telefónicas frecuentes, a partir del día […] 15 de julio de 2014[; pero la señora Teresa Lluy le ha indicado] que su hija se encuentra en tratamiento con un [m]édico privado". Finalmente, el Estado señaló, que la Ministra de Salud Pública conformó de forma inmediata una Comisión Médica de Alto Nivel para que pueda determinar las condiciones necesarias para el mejoramiento de la salud de Talía[376].

358. La Corte resalta que, en el marco de la presente Sentencia, se declaró que Talía adquirió el virus del VIH como consecuencia directa de acciones y omisiones del Estado en el marco de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios de salud por parte del Estado. En consecuencia, si bien este Tribunal reconoce como positivo y valora el esfuerzo institucional que se viene llevando a cabo para lograr una atención sanitaria de calidad a través del sector público, la Corte considera pertinente que, para que la atención en salud proyecte una vocación reparadora en el caso concreto, se suministre el nivel de prevención, tratamiento, atención y apoyo que requiera Talía para la atención de su salud.

359. Por ello, la Corte estima, como lo ha hecho en otros casos[377], que es preciso disponer una medida de atención que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por Talía, como consecuencia de las violaciones establecidas en esta Sentencia. De este modo, este Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de instituciones de salud públicas especializadas o personal de salud especializado, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a Talía Gonzales Lluy, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración sus padecimientos. En el caso de que el Estado careciera de ellas deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas. Asimismo, los tratamientos respectivos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en el centro más cercano a su lugar de residencia en el Ecuador por el tiempo que sea necesario. La víctima o sus representantes legales disponen de un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de recibir atención psicológica y/o psiquiátrica.

360. Asimismo, en situaciones de urgencia, la Corte dispone que el Estado deberá adoptar las recomendaciones de la médica o médico de confianza que Talía señale. Además, si el médico o la médica de confianza determina que existe un motivo fundado por el que Talía deba recibir atención en el sistema privado de salud, el Estado deberá cubrir los gastos necesarios para el restablecimiento de su salud. Correspondrá al Estado acreditar ante este

---

375 El Estado informó que desde el 30 de octubre de 2014 Talía ha sido atendida en la Unidad de Atención Integral del hospital Vicente Corral Moscoso, en el que se le han venido practicando controles periódicos. En particular, señaló que los días 5 y 7 de noviembre de 2014, y 12 de enero, 3 de marzo, 4 de mayo, 26 de junio y 13 de julio de 2015 Talía ha acudido a control.

376 Dicha Comisión fue conformada bajo la coordinación del Ministerio de Salud, con la participación de una doctora representante de la Organización Panamericana de la Salud, la doctora de confianza de Talía Gonzales Lluy, un doctor del hospital Enrique Garcés de Quito, y su médico tratante en el hospital de Azogues.

377 *Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87, párrs. 42 y 45, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*, párr. 567.

Tribunal la permanencia de esta medida. Respecto de la misma, deberá presentar un informe cada tres meses.

*C.3) Medidas de satisfacción*

*C.3.1) Publicación de la Sentencia*

361. Los ***representantes*** solicitaron que el Estado publique el resumen oficial de la Sentencia en el Registro Oficial; en un diario de mayor circulación nacional y local, en la ciudad de Cuenca; y en las páginas web del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Ministerio de Salud Pública, y Ministerio de Educación.

362. El ***Estado*** señaló que, en caso de que la Corte determine su responsabilidad, "consideraría publicar el resumen oficial de la [S]entencia en el periódico 'El Telégrafo', diario de circulación nacional, [y] acogería las publicaciones en los diferentes portales web de las instituciones solicitadas". Asimismo, señaló que publicaría en el Registro Oficial el resumen oficial de la Sentencia, en razón de "la importancia que el Estado […] da a este tipo de medidas que ayudan a […] que la población en general esté informada de la resolución dictada por la Corte y sus alcances".

363. La ***Comisión*** no se refirió a dicha solicitud.

364. La Corte dispone, como lo ha hecho en otros casos[378], que el Estado publique, en un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el diario oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible al menos por un período de un año, en un sitio *web* oficial de carácter nacional, de manera accesible al público.

*C.3.2) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional*

365. Los ***representantes*** solicitaron que el Estado, mediante cadena nacional, pida disculpas por las violaciones a los derechos declaradas en este caso, así como por "las humillaciones recibidas por múltiples funcionarios estatales, reconociendo los más de 16 años de lucha" de la familia; y señalando las responsabilidades individuales e institucionales con el objeto de evitar que estos hechos vuelvan a suceder.

366. El ***Estado*** solicitó en su escrito de contestación y en sus alegatos finales escritos que se rechace la solicitud de los representantes de realizar mediante cadena nacional las disculpas públicas por las violaciones declaradas en este caso, siendo que la sentencia, como tal, constituye un mecanismo de satisfacción. Sin embargo, durante el transcurso de la audiencia pública manifestó que de declararse su responsabilidad "la Ministra de Salud Pública como máxima autoridad en materia de salud pública efectuará la disculpa pública a Talía […] y su madre en relación al hecho específico reconocido por el Estado".

367. La ***Comisión*** señaló que es necesario que el reconocimiento incluya todos los hechos y violaciones de derechos humanos ocurridas en este caso.

---

[378] *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88,párr. 79, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, párr. 466.

368. La Corte estima necesario, como lo ha hecho en otros casos[379] con el fin de reparar el daño ocasionado a las víctimas y de evitar que hechos como los de este caso se repitan, disponer que el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el Ecuador, en relación con los hechos de este caso. En dicho acto se deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. Asimismo, deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado, así como con la participación de las víctimas de este caso. El Estado deberá acordar con las víctimas o sus representantes la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización. Para ello, el Estado cuenta con el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

*C.3.3) Beca de estudio*

369. El ***Estado*** alegó en audiencia pública que la calificación obtenida por Talía para acceder a la universidad la hizo acreedora de un cupo en la Universidad de Cuenca, que es una universidad pública y gratuita. Señaló que su desempeño académico "determinará la posibilidad de que […] sea candidata a una beca de excelencia que implica la financiación del Estado para que realice estudios superiores o de pos[grado] en cualquier universidad del mundo en la que sea aceptada".

370. La ***Comisión*** solicitó en el Informe de Fondo que el Estado provea, en consulta con Talía Gonzales Lluy, "la educación primaria, superior y universitaria, de manera gratuita". Posteriormente, en sus observaciones finales escritas, señaló que el ofrecimiento relacionado con la posible beca de excelencia "no pareciera ser una prestación que el Estado le va a otorgar [a Talía], sino que dependería de su desempeño académico".

371. Los ***representantes*** solicitaron en el transcurso de la audiencia pública que "se considere como una reparación la beca por los esfuerzos extraordinarios que ha demostrado en el sistema educativo la beca de excelente a Talía".

372. Este Tribunal nota que Talía ingresó en el año 2013 a la Universidad Estatal de Cuenca en la carrera de Diseño Gráfico, de la que debió retirarse por afectaciones a su salud derivadas de actividades propias de dicha carrera. Debido a esto, a partir del año 2015 Talía ingresó a estudiar Psicología Social en dicha Universidad. Tomando en consideración lo anterior, la Corte valora lo manifestado por el Estado en la audiencia pública respecto a la posibilidad de que Talía acceda a una beca de excelencia. Sin embargo, este Tribunal observa que la beca a la que hace referencia el Estado corresponde a un ofrecimiento de carácter general que realiza el Estado a todos aquellos estudiantes ecuatorianos que muestran un alto rendimiento académico, por lo que no responde particularmente a un reconocimiento a la calidad de víctima de Talía. En virtud de ello, la Corte dispone que el Estado otorgue a Talía Gonzales Lluy una beca para continuar sus estudios universitarios que no se encuentre condicionada a la obtención de calificaciones que la hagan acreedora de una beca de excelencia. Dicha beca deberá cubrir todos los gastos para la completa finalización de sus estudios, tanto material académico como manutención de ser necesaria. La víctima o sus representantes legales cuentan con un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para dar a conocer al Estado su intención de recibir dicha beca.

---

[379] *Cfr. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, párr. 81, y *Caso Rodríguez Vera y otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") Vs. Colombia*, párr. 576.

373. Asimismo, el Estado deberá otorgar a Talía una beca para la realización de un posgrado "en cualquier universidad del mundo en la que sea aceptada". Esta beca deberá ser entregada con independencia del desempeño académico de Talía durante sus estudios en la carrera, y deberá otorgársele, en cambio, en atención a su calidad de víctima por las violaciones declaradas en la presente Sentencia. Para tal efecto, una vez que culmine su carrera, Talía deberá informar al Estado y a este Tribunal, en el plazo de 24 meses, sobre el posgrado que decidió realizar y de su aceptación en el mismo. El Estado deberá cubrir los costos académicos y de manutención previamente, conforme al costo de vida del país en que Talía vaya a realizar sus estudios[380], de forma tal que la víctima no deba erogar los montos correspondientes a estos rubros para luego ser reintegrados.

*C.3.4) Entrega de una vivienda*

374. El ***Estado*** señaló durante la audiencia pública que "formalizará la entrega de una vivienda digna en la provincia de Azuay para garantizar el derecho a la vida de Talía".

375. La ***Comisión*** valoró positivamente el ofrecimiento de una vivienda hecho por el Estado.

376. Los ***representantes*** solicitaron durante la audiencia pública que se otorgue a Talía la vivienda digna en el programa planteado por el Estado.

377. Este Tribunal toma nota del ofrecimiento estatal, realizado durante la audiencia pública, de otorgar una vivienda digna a Talía en la provincia del Azuay con el fin de garantizar su derecho a la vida. La Corte valora positivamente la voluntad manifestada por el Estado, y considera que constituye un paso importante para la reparación en el presente caso[381]. En consecuencia, ordena que el Estado entregue a Talía Gonzales Lluy una vivienda digna en el plazo de un año, contado a partir de la emisión de la presente Sentencia. La entrega de la vivienda deberá ser a título gratuito, "por lo que las víctimas no erogarán impuestos, contraprestación o aportación alguna"[382].

*C.4) Garantías de no repetición*

*C.4.1) Garantías de no repetición en materia de salud*

*Alegatos de las partes y de la Comisión*

378. La ***Comisión*** solicitó a la Corte disponer mecanismos de no repetición que incluyan: i) la implementación de mecanismos serios y efectivos de supervisión y fiscalización periódica del funcionamiento y sistemas de registro de los bancos de sangre que operan en el Ecuador, incluyendo los privados y públicos; ii) la implementación de mecanismos serios y efectivos de supervisión y fiscalización periódica de los hospitales públicos y privados, a fin de asegurar que en su funcionamiento cuenten con las salvaguardas necesarias para verificar la seguridad de los productos sanguíneos que se utilizan para actividades transfusionales; iii) la

---

[380] Para ello, el Estado podrá tomar como base las estimaciones que utiliza la Universidad en la que Talía realizará el posgrado para determinar los montos de becas que otorga a los estudiantes para manutención.

[381] En este sentido, la Corte destaca que el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 3, subrayó la necesidad de dar protección jurídica, económica y social a los niños afectados por el VIH/SIDA para que tengan acceso a la vivienda, entre otros servicios, a fin de reducir su vulnerabilidad. *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 3 El VIH/SIDA y los derechos del niño. CRC/GC/2003/3. Marzo de 2003, párr. 31.

[382] En similar sentido, ver *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273, párr. 79.

implementación de programas de capacitación al personal de los bancos de sangre que operan en el Ecuador, a fin de asegurar que ejerzan sus labores de manera compatible con los estándares técnicos mínimos de seguridad reconocidos internacionalmente, y iv) la provisión de tratamiento y atención en salud gratuita a niños y niñas con VIH que no cuenten con recursos para ello. Por otra parte, en sus observaciones finales escritas la Comisión resaltó la importancia de determinar "si en la actualidad existe una regulación suficiente y específica para este tipo de servicios de salud conforme a los estándares internacionales y […] la existencia e implementación efectiva de mecanismos […] específicos de supervisión y fiscalización".

379. Los ***representantes*** manifestaron que, "a pesar de los grandes avances que ha hecho el gobierno [ecuatoriano] en materia de salud, el caso de Talía es una demostración de que las políticas públicas en VIH/SIDA siguen deficitarias en relación a los estándares internacionales". Por ello, señalaron que una forma de no repetición sería la expedición de normas y políticas para que se respeten los derechos de las personas con VIH, para que tengan control mensual, trimestral y anual de todas las instituciones de salud, públicas y privadas, en las que se establezcan con claridad sanciones e indemnizaciones inmediatas para aquellos casos en que "ocurra una situación similar a la de Talía". Además, solicitaron que el Estado preste apoyo al "seguimiento de la influencia del entorno jurídico en la prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo al VIH". Por otra parte, requirieron que se tome en consideración la información aportada por la Defensoría del Pueblo[383], así como el informe de la perita Solíz Torres, donde señala que existe un estancamiento en el Ecuador en cuanto a los esfuerzos nacionales de aplicación de los programas de tratamiento, atención y apoyo, así como en esfuerzos para satisfacer las necesidades relacionadas con el VIH de los huérfanos otros niños vulnerables. En virtud de ello, determinaron que "el Estado debe evitar la privatización y 'mercantilización de la sangre'".

380. Asimismo, los representantes señalaron en sus alegatos finales escritos que "[l]a mejor manera de garantizar y medir el cumplimiento de una sentencia es mediante el sistema de indicadores de derechos", y alegaron que en el presente caso convendría considerar el contexto financiero y compromiso presupuestario, las capacidades estatales y los "tres ejes transversales: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia y acceso a la información y participación". Finalmente, solicitaron específicamente que i) se actualice la información sobre las personas con VIH, servicios, disponibilidad de médicos especialistas, medicinas y presupuestos; ii) se realicen reportes de casos y se les dé seguimiento; iii) se evalúe la calidad y calidez del servicio periódicamente, con la participación activa de personas con VIH; iv) se planifiquen, oportuna y adecuadamente, las compras públicas de medicinas e insumos necesarios; v) se evalúe el impacto de la planificación; vi) se garantice el acceso a la atención médica y servicios de salud que garanticen la atención integral; vii) se capacite continuamente a especialistas tratantes sobre los derechos de las personas con VIH y a los servidores públicos relacionados con el VIH; viii) se difundan y apliquen los procedimientos establecidos en la Guía de Prevención y Control de la Planificación Materno- Infantil del VIH, y ix) se dé seguimiento a las unidades públicas y privadas encargadas de ofrecer servicios a personas con VIH.

---

[383] Resolución N.0032 de la Defensoría del Pueblo de Ecuador de 19 de agosto del 2013; Informe de seguimiento de cumplimiento a resolución defensorial de la Defensoría del Pueblo de 26 de noviembre de 2014, y Providencia N.180 de la Defensoría del Pueblo de 22 de diciembre de 2014. Estos documentos fueron enviados como anexos al escrito de *amicus curiae* de la Defensoría del Pueblo de Ecuador para el presente caso. En dichos documentos, la Defensoría del Pueblo señaló la existencia de algunos problemas de desabasto de medicamentos para pacientes con VIH/SIDA en el Ecuador; además, informó que existían reportes respecto a que la atención médica que recibían los pacientes con VIH/SIDA resultaba despectiva y ofensiva.

381. El ***Estado*** señaló que el derecho a la salud se encuentra recogido en diversas disposiciones de su Constitución Política como base de otros derechos que sustenten el buen vivir; y "es garantizado mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales" así como el acceso a "programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva". Además, alegó que la prestación de los servicios de salud "se rigen por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional". El Estado indicó que cuenta con un Sistema Nacional de Salud universal y gratuito que garantiza la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles, "y propicia la participación ciudadana y el control social". Según el Estado, los servicios en salud son "seguros, de calidad y calidez, y garantizan el consentimiento informado, el acceso a la información y a la confidencialidad de la información de los pacientes"; y comprenden todos los niveles de atención, así como los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación. También, resaltó que ha acreditado seis de sus hospitales públicos a través de una organización internacional.

382. Asimismo, informó que la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH SIDA "declara de interés nacional la lucha contra el […] SIDA[,] dispone mecanismos de prevención[,] garantiza una adecuada vigilancia epidemiológica[,] y facilita el tratamiento a las personas afectadas". Además, el Ministerio de Salud Pública cuenta con un Reglamento de Atención a Personas con SIDA, que promueve la atención especializada y protege el derecho de las personas con VIH para acceder a servicios de salud. Por otro lado, creó en 2012 un Comité Multisectorial de VIH/SIDA, cuya función principal es "definir las líneas estratégicas […] de política pública para el diseño, implementación, evaluación y financiamiento de la respuesta nacional al VIH". Dicho Comité elaboró una Estrategia Nacional de Salud Pública para VIH/SIDA ITS, que busca ampliar la cobertura y calidad de la atención de los servicios de salud; así como del diagnóstico oportuno, atención integral, rehabilitación o cuidados paliativos, y la participación ciudadana en los sistemas de protección y control social en VIH/SIDA.

383. Por otra parte, el Estado solicitó a la Corte que valore las acciones adoptadas por el mismo en el marco del cumplimiento de la sentencia emitida en el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador,* en particular la incorporación de capacitación virtual en derechos humanos a profesionales de la salud en el Sistema Nacional de Salud; la reimpresión masiva de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente; el módulo sobre mala práctica profesional incluido en el curso de formación continua sobre el Código Orgánico Integral Penal dirigido a administradores de justicia y defensores públicos, y el curso de Mala Práctica Profesional dirigido a operadores de justicia.

*Consideraciones de la Corte*

384. La Corte nota que el derecho a la salud se encuentra actualmente regulado en diversos instrumentos normativos en el Ecuador. En este sentido, este Tribunal advierte que la Constitución del Ecuador[384], la Ley Orgánica de Salud de 2006[385], la Ley Orgánica de Discapacidades de 2012[386] y el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003[387] contienen disposiciones de alcance general respecto de la protección del derecho a la salud.

---

[384] Constitución de la República del Ecuador, disponible en: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Este Tribunal estima que el referido documento es útil para el análisis del presente caso, por lo cual lo incorpora de oficio al acervo probatorio de conformidad con el artículo 58.a) de su Reglamento.

[385] *Cfr*. Ley Orgánica de Salud (expediente de prueba, folio 4243).

[386] *Cfr.* Ley Orgánica de Discapacidades (expediente de prueba, folio 4298).

385. De acuerdo con ONUSIDA, para el año 2014 existían en el Ecuador aproximadamente 7,600 mujeres de al menos 15 años que vivían con VIH[388]. Respecto a los instrumentos adoptados para la atención de personas con VIH, este Tribunal observa que la Ley Orgánica de Salud y la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA del 2000[389] contienen disposiciones específicas respecto a la atención de personas con VIH/SIDA y a la adopción de políticas y programas de prevención. Además, constata que el Estado cuenta con un Manual del Modelo de Atención Integral de Salud adoptado en 2013 que establece prestaciones de prevención, detección y consejería de VIH/SIDA para todos los niños, adolescentes y adultos[390]; con la adopción de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que contemplan como una de sus metas reducir la propagación de VIH/SIDA y alcanzar el acceso universal a su tratamiento[391]. Asimismo, la Corte nota la incorporación de diversas líneas de investigación en materia de VIH/SIDA dentro de la Prioridades de Investigación en Salud 2013-2017[392], y la estrategia de atención gratuita, integral y con medicamentos para niños con VIH/SIDA, contemplada dentro del Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de 2004[393]. Además, observa la creación del Bono "Joaquín Gallegos Lara" de 2010[394], y el Reglamento para la atención a personas con VIH/SIDA del Ministerio de Salud Pública de 2002[395]. Finalmente, la Corte constata la creación del Comité Ecuatoriano Multisectorial de VIH/SIDA en 2011[396], y de una Estrategia Nacional de Salud Pública para VIH/SIDA-ITS en 2012[397]. En virtud de ello, y ante la insuficiencia de información y argumentos concretos y específicos sobre los problemas que enfrentarían estas políticas, la Corte considera que no es pertinente, en las circunstancias del presente caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno en relación con la atención a personas con VIH/SIDA.

386. En cuanto a la solicitud hecha por el Ecuador respecto a que la Corte considere las acciones adoptadas en el marco del cumplimiento de la sentencia emitida en el *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, la Corte estima que no es necesario ordenar una nueva medida dirigida a

---

387 *Cfr*. Código de la Niñez y Adolescencia (expediente de prueba, folio 3104).

388 ONUSIDA, Estimaciones sobre el VIH y el SIDA en el Ecuador, 2014. Disponible en: http://www.unaids.org/es/regionscountries/countries/ecuador

389 *Cfr*. Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA (expediente de prueba, folio 2120).

390 *Cfr*. Manual del Modelo de Atención Integral de Salud (expediente de prueba, folio 4460).

391 *Cfr*. Objetivos de Desarrollo del Milenio (expediente de prueba, folio 4364).

392 *Cfr*. Prioridades de Investigación en Salud 2013-2017 (expediente de prueba, folio 4175).

393 *Cfr*. Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia (expediente de prueba, folio 3012).

394 *Cfr*. Decreto de creación del Bono "Joaquín Gallegos Lara" y el Instructivo técnico para la inclusión, exclusión y bloqueo temporal de las personas con discapacidad severa en situación socioeconómica crítica, de las personas con enfermedades catastróficas, raras o huérfanas en situación socioeconómica crítica y menores de 14 años viviendo con VIH-SIDA en situación socioeconómica crítica (expediente de prueba, folios 3163 y 3168).

395 *Cfr*. Reglamento para la atención a personas con VIH/SIDA del Ministerio de Salud Pública (expediente de prueba, folio 3200).

396 *Cfr*. Acuerdo del Ministerio de Salud para la conformación del Comité Ecuatoriano Multisectorial de VIH/SIDA – CEMSIDA (expediente de prueba, folio 3227).

397 *Cfr*. Estrategia Nacional de Salud Pública para VIH/SIDA-ITS del Ministerio de Salud Pública (expediente de prueba, folio 3230).

la difusión de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente[398]. Sin perjuicio de ello, este Tribunal dispone que el Estado realice un programa para la capacitación de funcionarios en salud sobre mejores prácticas y derechos de los pacientes con VIH, así como sobre la aplicación de los procedimientos establecidos en la Guía de Atención Integral para Adultos y Adolescentes con infección por VIH/SIDA y la adopción de medidas positivas para evitar o revertir las situaciones de discriminación que sufren las personas con VIH, y en especial las niñas y los niños con VIH, en el que se haga mención a los estándares establecidos en la presente Sentencia. Corresponde al Estado acreditar ante este Tribunal la permanencia de esta medida.

387. Por otra parte, en cuanto a los mecanismos de supervisión y fiscalización de los bancos de sangre y la verificación de la seguridad de los productos sanguíneos utilizados para actividades transfusionales, la Corte constata que el Ecuador cuenta actualmente con programas de evaluación externa del desempeño de los bancos de sangre y programas de control interno en serología, los cuales son fiscalizados por el Ministerio de Salud Pública a través del Programa Nacional de Sangre, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Salud del año 2006[399]. Además, según informó el Ministerio, se estableció que previo a la distribución de componentes sanguíneos para transfusión se realice una prueba de amplificación de ácidos nucleicos, con el fin de disminuir las posibilidades de que se realicen donaciones infectadas. También, el Estado ha adoptado un Manual sobre Criterios Técnicos para el Uso Clínico de Sangre y Hemocomponentes, un Manual Técnico de Hemovigilancia en bancos de sangre, y Criterios Técnicos Administrativos para la Implementación de Servicios de Medicina Transfusional en las Unidades Operativas con Servicio de Internación[400]. En este sentido, la Corte recuerda el deber estatal de supervisar y fiscalizar continuamente el funcionamiento de los bancos de sangre y hospitales, a fin de asegurar que se apliquen los estándares técnicos mínimos de seguridad reconocidos internacionalmente en esta materia. Sin embargo, este Tribunal no estima necesario ordenar una medida de reparación en este sentido en el marco del presente caso.

*C.4.2) Garantías de no repetición en materia de educación y no discriminación*

*Alegatos de las partes y de la Comisión*

---

398 En dicho caso, la Corte ordenó al Estado llevar a cabo, en un plazo razonable, una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y aplicando la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales, tomando en cuenta que la Ley de Derechos y Amparo del Paciente establece la obligación de mantener en todos los servicios de salud a disposición de los usuarios ejemplares de la Ley. Además, consideró necesario que el Estado realizara un programa para la formación y capacitación a los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que el Ecuador ha implementado relativa a los derechos de los pacientes y acerca de la sanción por su incumplimiento. *Cfr. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párrs. 162 a 164.

399 La Ley Orgánica de Salud del año 2006 dispone en el artículo 71 que "[l]a autoridad sanitaria nacional dictará las normas relativas a los procesos de donación, transfusión, uso y vigilancia de la calidad de la sangre humana con sus componentes y derivados, con el fin de garantizar el acceso equitativo, eficiente, suficiente y seguro, la preservación de la salud de los donantes y la máxima protección de los receptores así como del personal de salud". Para ello, establece en el artículo 72 que la autoridad sanitaria nacional licenciará a los servicios de sangre públicos y privados de acuerdo a la normativa vigente. Asimismo, el artículo 75 señala que "[l]os establecimientos autorizados para colectar unidades de sangre, previamente a su utilización en transfusiones, están obligados a realizar las pruebas para determinar el grupo y factor sanguíneo y la presencia de anticuerpos irregulares, así como las serológicas para los marcadores de infección, determinados en la reglamentación correspondeinte de acuerdo con el perfil epidemiológico local, regional y nacional, y los avances tecnológicos".

400 *Cfr.* Informe sobre las acciones del Ministerio de Salud Pública y del Programa Nacional de Sangre para evitar casos de transmisión de infecciones a través de las transfusiones de componentes sanguíneos (expediente de prueba, folio 2500).

388. Los ***representantes*** solicitaron que se adopten medidas contra el estigma y la discriminación, como la sensibilización de la sociedad, la policía y la judicatura; además de capacitaciones a los trabajadores en salud sobre no discriminación, confidencialidad y consentimiento informado, así como prestar apoyo a las campañas nacionales de aprendizaje sobre derechos humanos. También, requirieron que se asegure que las respuestas del Estado frente al VIH y el SIDA satisfagan las necesidades específicas de niñas, mujeres, personas pobres y sus familias, a lo largo de su vida. Finalmente, en sus alegatos finales escritos, solicitaron que se realice difusión sobre el VIH y la necesidad de respetar a las personas que viven con VIH a nivel nacional, educacional y en otros ámbitos de la vida social.

389. El ***Estado*** resaltó, respecto a la política pública en educación, que el derecho a la educación "constituye un área prioritaria en el tema de implementación de políticas públicas vinculadas a la construcción del buen vivir". Además, señaló que la educación, primaria y superior en el Ecuador, es gratuita y universal, "y proporciona sin costo, servicios de carácter social y de apoyo psicológico" en el marco del sistema de inclusión y equidad social. Asimismo, indicó que el Ministerio de Educación cuenta con un Programa Nacional de Educación para la Democracia y el Buen Vivir, que funciona como un "mecanismo de participación y promoción de derechos" y contempla temas de educación para la sexualidad, educación ambiental, educación para la salud, educación preventiva del uso indebido de drogas, orientación y bienestar estudiantil, y educación familiar.

390. En este sentido, el Estado hizo referencia al Acuerdo Ministerial No. 436 adoptado en 2008, en el que el Ministerio de Educación acordó "[garantizar] a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes víctimas del VIH/SIDA que pertenecen al Sistema Educativo Nacional[,] sin discriminación, ni limitaciones de ningún tipo, el ejercicio pleno de sus derechos"; así como "[encargar] a las Subsecretarías Regionales de Educación y a las Direcciones Provinciales[,] a través de la Supervisión Educativa, la responsabilidad de verificar, controlar y realizar el seguimiento" del Acuerdo. Además, el Estado manifestó que el Consejo de Educación Superior, mediante la Resolución No. 166 de 2009, prohibió "la exclusión de la comunidad académica a una persona que vive con VIH-SIDA, en virtud de que violenta el principio de no discriminación", y ordenó disponer a las instituciones de educación superior "la incorporación de la respuesta al VIH en la cultura, políticas institucionales, estructuras, procesos, planes de estudio y presupuesto de la institución".

391. Por otra parte, el Ecuador alegó que las políticas empleadas respecto al VIH "se encuentran amparadas en las garantías de respeto, protección y promoción de derechos humanos, e inclusive ha[n] sido avalad[a]s por organismos internacionales". En este sentido, resaltó que en su Constitución se establece el derecho al trato igualitario y la atención prioritaria para grupos vulnerables. Señaló que cuenta con un bono de US$ 240,00 (doscientos cuarenta dólares de los Estados Unidos de América) que se otorga a favor de las personas con discapacidad severa o con enfermedades catastróficas, raras o huérfanas, así como a todos los menores de catorce años viviendo con VIH/SIDA[401]. Para el otorgamiento de dicho bono, informó que la Secretaría Técnica de Discapacidades emitió en el año 2014 un *Instructivo técnico para la inclusión, exclusión y bloqueo temporal de las personas con discapacidad severa en situación socioeconómica crítica, de las personas con enfermedades catastróficas, raras o huérfanas en situación socioeconómica crítica y menores de 14 años viviendo con VIH-SIDA en situación socioeconómica crítica*; donde establece los requisitos y procesos a seguir para obtener los beneficios.

---

[401] El Estado señaló que a través del Decreto Ejecutivo No. 422 de 6 de agosto de 2010 se creó el Bono Joaquín Gallegos Lara, a favor de "las personas con discapacidad severa y profunda en situación crítica que no pueden gobernarse por sí mismos, […] o, con enfermedades catastróficas, raras o huérfanas […] así como todos los menores de catorce años viviendo con VIH[/SIDA]".

392. Por ello, el Estado concluyó que cuenta con los mecanismos necesarios para proteger y garantizar los derechos de las personas con VIH/SIDA, por lo que la Corte "no podría pronunciarse respecto a las garantías de no repetición solicitadas por los representantes".

*Consideraciones de la Corte*

393. Este Tribunal constata que el Ecuador ha implementado diversas disposiciones relacionadas a educación y VIH. Por ejemplo, en la Ley Orgánica de Salud se prevé la elaboración de políticas y programas educativos de implementación obligatoria en los establecimientos educativos para la difusión y orientación en materia de salud sexual y reproductiva, a fin de prevenir el VIH y otras afecciones de transmisión sexual[402]. Asimismo, el Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia establece como uno de sus objetivos "promover el acceso universal de niños, niñas y adolescentes a los servicios de educación conforme a su edad", y contempla dentro de sus políticas garantizar el acceso y permanencia de los niños a la educación pública y gratuita. Del mismo modo, el Código de la Niñez y Adolescencia dispone que el sistema educativo debe garantizar el acceso y permanencia de todo niño a la educación básica, y contemplar propuestas educacionales flexibles y alternativas para atender las necesidades de todos los niños, con prioridad de quienes tienen discapacidad, trabajan, o viven una situación que requiera mayores oportunidades para aprender[403].

394. Respecto a la no discriminación, el Código de la Niñez y Adolescencia señala que "[t]odos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su […] estado de salud, discapacidad […] o cualquier otra situación propia"[404]. Además, el Ministerio de Educación adoptó en noviembre de 2008 una decisión donde prohíbe a las autoridades de los establecimientos educativos exigir a los estudiantes realizarse cualquier tipo de prueba relacionada con la identificación del VIH/SIDA; y acordó garantizar a los niños y jóvenes con VIH/SIDA, "sin discriminación ni limitaciones de ningún tipo, el ejercicio pleno de sus derechos"[405]. Del mismo modo, mediante resolución del Consejo Nacional de Educación Superior de mayo de 2009, se prohibió la exigencia de la prueba de VIH para cualquier procedimiento en una institución de educación superior; se prohibió la exclusión de la comunidad académica a una persona con VIH "en virtud de que violenta el principio de no discriminación", y se encargó a las instituciones a realizar acciones dirigidas a la prevención, utilizando información libre de estereotipos y perjuicios, para contribuir a la educación, erradicación de estigmas y discriminación por VIH/SIDA[406]. También, el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017 establece "la generación de mecanismos de acceso al sistema educativo para la población históricamente aislada y mecanismos para deconstruir y evitar la reproducción de prácticas discriminatorias excluyentes dentro y fuera del sistema

---

402 *Cfr.* Ley Orgánica de Salud, artículo 27 (expediente de prueba, folio 4250).

403 *Cfr.* Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 37 (expediente de prueba, folio 3108).

404 *Cfr.* Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 6 (expediente de prueba, folio 3104).

405 *Cfr.* Decisión Ministerial "Sexualidad, la prevención del ITS-VIH/SIDA libre de estereotipos y prejuicios para contribuir a la promoción de calidad de vida y erradicación de los estigmas y discriminación por VIH-SIDA" de 21 de noviembre de 2008 (expediente de prueba, folio 3184).

406 *Cfr.* Resolución del CONESUP. RCP.S07.NO.166 de mayo de 2009 (expediente de prueba, folio 3187).

educativo"[407]. Finalmente, la Ley para la Prevención y Asistencia Integral del VIH/SIDA dispone que "[n]inguna persona será discriminada a causa de estar afectada por el VIH/SIDA"[408].

395. La Corte nota que en el presente caso el Estado vulneró el derecho a la educación de Talía al haber sido ésta expulsada de la escuela por su condición y al no haber adaptado el Estado el entorno educativo a su situación (*supra* párr. 293). No obstante, la Corte valora los esfuerzos realizados por el Estado con el fin de garantizar la no discriminación en el ámbito educativo. Dado que los representantes no presentaron información y argumentos específicos y concretos sobre la insuficiencia y problemas de implementación en estas políticas públicas, la Corte no estima conveniente ordenar una reparación específica respecto a este tema.

### *D. Indemnización compensatoria*

396. La ***Comisión*** solicitó a la Corte en su Informe de Fondo reparar integralmente a Talía Gonzales Lluy y a su madre por las violaciones de derechos humanos sufridas, incluyendo el aspecto material y moral.

397. Los ***representantes***, en sus alegatos finales escritos, enfatizaron la necesidad de que la reparación considere la vida entera de Talía.

398. El ***Estado*** manifestó que "es contrario a la naturaleza del sistema [interamericano], que los representantes traten de obtener beneficios económicos […] excesivos" y solicitó a la Corte desconocer el rubro pretendido por los representantes en el presente caso.

#### *D.1) Daño material*

*Argumentos de las partes y de la Comisión*

399. Los ***representantes*** señalaron que las víctimas de este caso "han sufrido y sufren pérdidas" y dejaron de percibir ingresos económicos, lo que configuró un daño material que debe ser reparado. En este sentido, indicaron que las víctimas han incurrido en diversos gastos por salud desde la enfermedad de Talía, que incluyen el cobro de reactivos hecho por la Cruz Roja[409]; los exámenes de rutina y alimentación especial de Talía[410]; pasajes de transporte a Quito desde el año 2001 al 2014; la realización del examen de genotipo viral para el juicio[411]; pasajes de avión de Cuenca a Quito[412]; alimentos nutricionales[413]; gastos por internamiento[414];

---

407 *Cfr.* Dictamen pericial de John Herlyn Antón y Gustavo Medinaceli (expediente de prueba, folio 3801).

408 *Cfr.* Ley para la prevención y asistencia integral del VIH/SIDA (expediente de prueba, folio 2120).

409 Los representantes alegaron que la Cruz Roja cobró 80.000 sucres en la primera atención a Talía, por concepto de reactivos.

410 La madre de Talía declaró que "gastaba alrededor de $500 a $1.500 mensuales".

411 Según los representantes, dicho examen, realizado en al año 2000, tuvo un costo de $8.000.

412 Según los representantes, los pasajes de avión fueron comprados durante los años 2000 y 2003, y tuvieron un costo de $5.000.

413 Respecto de los alimentos nutricionales, los representantes señalaron que entre los años 2005 y 2014 los gastos fueron de $10.000.

414 Los representantes señalaron que por el internamiento de Talía en el año 2005 incurrieron en gastos por el monto de $2.000.

exámenes de enfermedades oportunistas[415]; exámenes de carga viral CD4 y CD8[416], y tratamientos farmacológicos[417]. Además, solicitaron que se tome en consideración el costo que tendrían "las necesarias terapias psicológicas [para] cada uno de los miembros de la familia Lluy", y estimaron los gastos efectuados en salud en aproximadamente US$ 90.000,00 (noventa mil dólares de los Estados Unidos de América).

400. Por otra parte, los representantes manifestaron que la familia Lluy tuvo que endeudarse para hacerle frente a la "atención de salud [y] gastos de sobrevivencia". Señalaron que Teresa Lluy tiene que pagar deudas a "amistades[,] cooperativas[,] bancos [y] chulqueros"[418], las cuales han ascendido a US$ 148.000,00 (ciento cuarenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América). Alegaron que por las violaciones a los derechos humanos sufridas por su familia, Teresa Lluy dejó de percibir aproximadamente US$ 117.000,00 (ciento diecisiete mil dólares de los Estados Unidos de América), monto que se deriva si "se multiplica la remuneración que recibía ante[s] de la violación[,] se le resta lo que gana ahora en promedio y se multiplica por el número de años transcurridos"[419]. Por otra parte, solicitaron que se consideren las declaraciones juramentadas y los testimonios presentados ante la Corte como prueba para demostrar los costos que no pudieron acreditarse documentalmente; así como que el Tribunal considere que los daños materiales se prolongan en el tiempo y continuarán aún después de expedida la sentencia.

401. En virtud de ello, los representantes solicitaron una indemnización por concepto de daño material de US$ 1.500.000,00 (un millón quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Talía Gonzales Lluy; US$ 1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Teresa Lluy, y US$ 750.000,00 (setecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Iván Lluy.

402. El ***Estado*** alegó que la información aportada por las presuntas víctimas no puede ser valorada de manera apropiada por la Corte, al tratarse de declaraciones juradas, "algunas facturas […] ilegibles [y] documentos insuficientes para calcular de manera apropiada los rubros". En particular, respecto al daño material solicitado para Talía Gonzales, el Estado

---

[415] Los representantes señalaron que la familia Lluy ha incurrido en gastos de aproximadamente $15.000 cada mes por este concepto.

[416] Dichos exámenes, según los representantes, se realizan cada tres meses desde el año 2001, y estimaron que para el 2014 habían gastado $20.000 en su realización.

[417] En este sentido indicaron que durante el 2005 y 2014 Talía ha sido tratada, primero, con Viracep y Comvivir, que costaron $20.196; posteriormente fue tratada con Stocrin y Tenvir, y actualmente se trata con Tenvir y Efavirex.

[418] Los representantes señalaron que Teresa Lluy recordó las siguientes deudas: i) US$ 8.000,00 solicitados a María Soledad Salinas en el año 2000 para la realización del examen en Bélgica; ii) US$ 5.000,00 con un interés de 5% anual solicitados a Carmen Ruiz en el año 2001 para gastos de Talía; iii) US$ 70.000,00 con un interés de 15% anual solicitados a la Cooperativa Alfonso Jaramillo durante los años 2005 a 2011 para gastos de arriendo y mudanza; iv) US$ 5.000,00 con un interés de 15% anual solicitados a la Cooperativa Coopera en el año 2004 para gastos de Talía; v) US$ 5.000,00 con un interés de 15% anual solicitados a la Cooperativa Riobamba en el año 2006 para gastos de Talía; vi) US$ 5.000,00 con un interés de 15% anual solicitados al Banco Pichincha en el año 2006 para gastos; vii) US$ 20.000,00 con un interés de 20% anual solicitados en el año 2007 a "chulqueros" para el pago de deudas; viii) US$ 10.000,00 con un interés de 15% anual solicitados a Marisol Salinas en el año 2009 para gastos de Talía; ix) US$ 5.000,00 con un interés de 15% anual solicitados durante los años 2010 a 2012 a la Cooperativa Cacpe de Gualaquiza para gastos generales; x) US$ 5.000,00 con un interés de 15.20% anual solicitados en el año 2013 a la Cooperativa JEP para gastos de Talía, y xi) US$ 10.000,00 con un interés de 15.20% anual solicitados en el año 2014 a la Cooperativa JEP para gastos de Talía.

[419] Los representantes afirmaron que actualmente Teresa Lluy gana en promedio US$ 50,00 (cincuenta dólares de los Estados Unidos de América) mensuales, que con comisiones pueden ascender a US$ 144,00 (ciento cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América), y en ocasiones gana menos dinero.

consideró que "al momento en que ocurrieron los hechos Talía tenía 3 años de edad, por lo que, en ningún caso pudo ser víctima de daño material". Señaló que las "penosas consecuencias" detalladas por Talía en sus declaraciones podrán ser valoradas dentro del daño inmaterial, pero no como parte del daño material. Igualmente, señalaron que la víctima no ha dejado de percibir ningún ingreso, ya que no ha ejercido actividad laboral o económica.

403. Respecto de Teresa Lluy, el Estado señaló que "no existen respaldos válidos que indiquen la ratificación de la documentación" señalada por los representantes; y que el hospital Militar certificó que el rubro por atención médica cobrado ha sido de US$ 117,53 (ciento diecisiete dólares con cincuenta y tres centavos de los Estados Unidos de América). Por ello, manifestó que los gastos enunciados por los representantes "son irreales y sin respaldo alguno". Por otra parte, afirmó que el máximo de los valores justificados en transporte desde el año 1998 hasta el 2014 no podría superar los US$ 1.056,00 (mil cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de América). Respecto de la adquisición de suplementos vitamínicos, el Estado señaló que únicamente se puede verificar el desembolso de US$ 2.295,81 (dos mil doscientos noventa y cinco dólares con ochenta y un centavos de los Estados Unidos de América).

404. Asimismo, el Ecuador indicó que el rubro por el examen realizado en Bélgica tuvo un costo de US$ 3,20 (tres dólares con veinte centavos de los Estados Unidos de América); y manifestó que no puede valorarse el monto señalado por gastos de arriendo al no haberse adjuntado prueba al respecto. Respecto de los préstamos señalados por los representantes, el Estado alegó que "no puede asegurar que los montos expuestos hayan sido empleados directamente en Talía, en razón de la inexistente documentación probatoria[;] por tanto dicha pretensión debería ser desechada". Del mismo modo, señaló que la afirmación sobre el ingreso mensual de Teresa Lluy cuando laboraba en Yambal "carece de fundamento probatorio".

405. En cuanto al daño material solicitado para Iván Lluy, el Estado solicitó se rechace la pretensión, en virtud de que en el Informe de Fondo no se dispuso reparación alguna a su favor. Sin perjuicio de ello, resaltó que no se aportó documentación para respaldar que Iván tuviese que trabajar a sus 16 años para ayudar a su madre y hermana. Señaló que, de acuerdo con la información del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Servicio de Rentas Internas, Iván comenzó a laborar a los 18 años. Además, el Estado informó que Iván "cuenta con bienes dentro de su patrimonio", por lo que "no ha sido afectado materialmente, todo lo contrario, […] ha logrado con su esfuerzo conformar un patrimonio".

406. Finalmente, el Estado concluyó que, "en virtud de la inexistencia de acervo probatorio, no es posible evaluar montos concretos respecto al supuesto daño material infringido" a las víctimas de este caso, por lo que debería acudirse al parámetro de equidad en caso de que se determina la responsabilidad internacional. En este sentido, señaló que, en comparación con otros casos similares en que se ha determinado la responsabilidad del Estado ecuatoriano, el rubro por daño material no podría superar los US$ 52.500,00 (cincuenta y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) para la víctima directa y US$ 9.833,00 (nueve mil ochocientos treinta y tres dólares de los Estados Unidos de América) para las víctimas indirectas.

*Consideraciones de la Corte*

407. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo[420]. Este Tribunal ha establecido que el daño

---

[420] *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso Rodríguez Vera y otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") Vs. Colombia*, párr. 591.

material abarca "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso[421].

408. De la documentación aportada la Corte nota que, en la declaración rendida ante fedatario público, Teresa Lluy señaló que "perd[ió] todo para solventar los gastos y atender las necesidades que tenía Talía por el VIH: consultas médicas, viajes para controles médicos, alimentación especial [y] medicamentos[. G]astaba alrededor de $500 a $1.500 mensuales". Además, alegó que todos los gastos han corrido por su cuenta, que tiene juicios por mora pendientes y "amenazas de los chulqueros" para que pague sus deudas. Asimismo, indicó que actualmente gana aproximadamente US$ 100,00 al mes, producto de la venta informal de alimentos en la calle; y que requieren del apoyo económico de su hijo Iván. Por otra parte, Iván Lluy declaró que para afrontar los gastos de su familia tuvo que dejar la universidad y trabajar de mensajero, limpiando oficinas y de mesero, ya que "[l]as necesidades [l]os consumían y ninguna autoridad del Estado [l]os tomaba en cuenta". Además, señaló que ha tenido que asumir todos los gastos para darle una buena alimentación y tratamiento adecuado a su hermana. Por último, Talía manifestó que su madre y hermano "se endeudaron y sacrificaron mucho para dar[l]e todo lo que necesit[a] para estar viva".

409. La Corte constata que los representantes aportaron prueba de distintas deudas a nombre de Iván y Teresa Lluy[422], así como de la demanda de juicio ejecutivo presentada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced ante el Juzgado Civil de Cuenca[423]. Asimismo, constan dentro del acervo probatorio recibos por exámenes médicos, suplementos alimenticios y transporte[424]. Sin embargo, sobre la base de la prueba existente en el expediente, la Corte

---

421 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, párr. 43, y *Caso Rodríguez Vera y otros ("Desaparecidos del Palacio de Justicia") Vs. Colombia*, párr. 591.

422 Tabla de amortización de deudas activas a nombre de Iván Lluy por el monto de US$ 12.584,88 (expediente de prueba, folio 1193); extractos de créditos cancelados a nombre de Teresa Lluy en la Cooperativa Alfonso Jaramillo por el monto de US$ 84.590,00 (expediente de prueba, folios 1195 y 1196); créditos otorgados a Teresa Lluy por la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced Ltda. por el monto de US$ 6.000,00 (expediente de prueba, folios 1197 a 1199); préstamo a nombre de Iván Lluy otorgado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Juventud Ecuatoriana Progresista" Ltda. por el monto de US$ 5.000,00 (expediente de prueba, folio 1204); crédito en mora a nombre de Teresa Lluy otorgado por la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa Gualaquiza por el monto de US$ 2.000,00 de deuda inicial, US$ 400.00 de deuda capital y US$ 60,92 de deuda interés (expediente de prueba, folio 1207); liquidación de préstamo hecho a Teresa Lluy por la Cooperativa "Alfonso Jaramillo León" por el monto de US$ 4060,00 (expediente de prueba, folio 1210); tabla de amortización de crédito a nombre de Teresa Lluy en Coopera Ltda. Ahorro y Crédito por el monto de US$ 2.953,98 (expediente de prueba, folio 1211), y deuda cancelada a nombre de Teresa Lluy en el Banco del Pacífico en el año 1999 por el monto de 2.600.000 sucres (expediente de prueba, folio 1212).

423 Demanda de juicio ejecutivo interpuesta por la Cooperativa de Ahorro y Crédito La Merced Ltda. para el pago de US$ 1.002,96 por concepto de dividendos vencidos, US$ 422,19 del saldo de la deuda, los intereses de mora calculados al máximo legal y las costas procesales. La cuantía del ejecutivo fue establecida en US$ 10.000,00 (expediente de prueba, folio 1200).

424 Recibo de exámenes médicos realizados por International Laboratories Services Interlab S.A. a nombre de Talía Gonzales por la suma de US$ 489,44 (expediente de prueba, folio 1214); recibos de transporte de la empresa Ejecutivo San Luis de Transportes S.A. con destino Cuenca-Guayaquil para dos adultos de fechas 2 y 3 de abril de 2014 por la suma de US$ 16,00 cada uno (expediente de prueba, folios 1214 y 1217); recibo de transporte de la Cooperativa de Transportes "S.A.N.T.A" a nombre de Teresa Lluy con destino Quito-Cuenca de fecha 27 de julio de 2012 para dos adultos por la suma de US$ 18,00 (expediente de prueba, folio 1215); recibos de transporte de la Cooperativa de Transportes Flota IMBABURA a nombre de Teresa Lluy con destino Cuenca-Quito de fechas 26 de julio de 2012 y 14 de febrero y 1 de agosto de 2013 para dos adultos por la suma de US$ 24,00 cada uno (expediente de prueba, folios 1215 y 1216), y recibo de transporte de la Cooperativa de Transportes "Turismo Oriental" con destino Quito-Cuenca de fecha 15 de junio de 2011 para dos adultos por la suma de US$ 28,00 (expediente de prueba, folio 1216). Respecto de los suplementos alimenticios, presentaron facturas de Omnilife de fechas 4 y 23 de marzo de 2005 por el monto de US$ 707,40 y US$ 710,95; 15 de octubre de 2007 por el monto de US$ 195,89; 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2007 por el monto de US$ 184,43 y US$ 201,43; 10 de abril de

no puede cuantificar con precisión el monto que la familia Lluy habría erogado con motivo de los hechos, al no poder determinarse con claridad los conceptos de cada uno de los gastos y deudas esgrimidas. No obstante, este Tribunal reconoce que las víctimas han incurrido en diversos gastos por el tratamiento médico y cuidados que debe recibir Talía Gonzales Lluy, por lo que fija en equidad a favor de Teresa e Iván Lluy, la suma de US$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada uno, por concepto de daño material.

*D.2) Daño inmaterial*

*Argumentos de las partes y de la Comisión*

410. Los ***representantes*** alegaron que, considerando los sufrimientos por la violación persistente e invalorable a los derechos humanos que tiene relación con tres personas en particular vulnerabilidad que requerían protección especial, el monto del daño inmaterial no puede ser menor a US$ 1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América). Además, los representantes mencionaron que, en el contexto ecuatoriano, donde se ha compensado en la justicia ecuatoriana al Presidente de la República con "sentencias millonarias", no es "descabellada" la pretensión de las víctimas de este caso. Sin perjuicio de ello, señalaron que "en el peor de los casos", se tome en consideración el criterio ofrecido por el perito Marcelo Pazmiño, que propone multiplicar los años de expectativa de vida de la mujer ecuatoriana, de 72 años y calcular el número de meses por el valor de una canasta básica familiar.

411. El ***Estado*** solicitó a la Corte que, en el supuesto de que determine que el Estado es responsable en el presente caso, "en aplicación de la jurisprudencia interamericana, el daño moral sea calculado en equidad", tomando en cuenta las sentencias relacionadas con el derecho a la salud por las que el Ecuador ha sido condenado. Para ello, solicitó que utilice como parámetros los montos otorgados por la Corte en los casos *Albán Cornejo, Vera Vera* y *Suárez Peralta.* En este sentido, el Estado señaló que el "daño moral ocasionado a la víctima directa, en caso de que el Tribunal así determine, […] no podrá superar los US[$] 52.500[,00] (cincuenta y dos mil quinientos dólares [de los Estados Unidos de América]". Para las víctimas indirectas, el Ecuador alegó que el monto no podría superar los US$ 12.500,00 (doce mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América). Por otra parte, el Estado alegó que Iván Lluy no ha acudido a ningún centro de salud pública para tratarse psicológica o psiquiátricamente, por lo que indicó doce centros de atención psicológica y dos centros de atención psiquiátrica a los que éste podría acudir.

*Consideraciones de la Corte*

412. La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia puede constituir *per se* una forma de reparación[425]. No obstante, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el

---

2008 por el monto de US$ 250,58; 2 de diciembre de 2009 por el monto de US$ 292,90; factura de fecha ilegible por el monto de US$ 128,05; factura de 1 de agosto de 2011 por el monto de US$ 168,46; factura de 6 de junio de 2013 por el monto de US$ 136,99; factura de 15 de noviembre de 2012 por el monto de US$ 262,90, y facturas de 24 de febrero y 17 de marzo de 2014 por los montos de US$ 126,81 y US$ 186,15 (expediente de prueba, folios 1221 a 1230).

[425] *Cfr. Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 35, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, párr. 482.

menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[426].

413. En el presente caso, la Corte nota que según el dictamen pericial de Sonia Nivelo, el contagio y la convivencia con el VIH le ha generado a Talía "una grave perturbación psicológica", y una "depresión prolongada de estado de ánimo", "distimia" y "un trastorno de la personalidad y del comportamiento debido a [la] enfermedad". Asimismo, en declaración rendida ante fedatario público, Talía manifestó que se ha sentido muy sola, no ha podido tener amigos duraderos y ha padecido de rabia y tristeza. Además, señaló que en oportunidades "qu[iso] morir […] para que ya no [l]e d[ieran] más pastillas que [l]e h[icieran] sufrir", y que ha enfrentado rechazo y discriminación. Al momento de conocer de su enfermedad pensó "que era una amenaza para la familia y todas las personas que [la] rodeaban", y le tiene "terror al rechazo". Finalmente, manifestó que tiene que estar escondiéndose, no puede llevar una vida normal, y que "est[á] condenada a vivir así por el tiempo que [l]e queda de vida".

414. Respecto de Teresa Lluy, la perita Sonia Nivelo estimó que ésta presenta un "trastorno mixto ansioso-depresivo", así como "rasgos de reacción a estrés agudo", a raíz del "aislamiento, el estigma social, […] la pérdida de empleo [y a]l enfrentar […] la enfermedad de su hija sin ninguna preparación y sin ningún soporte social". Además, resaltó que padece de diabetes emocional, hipertensión, dolores físicos crónicos, aprensión, tensión muscular e hiperactividad vegetativa. Por otra parte, en la declaración rendida ante fedatario público, Teresa indicó que cuando se enteró del contagio de su hija su vida se derrumbó, quedó destrozada y preocupada por la vida de su hija; y desde entonces ha sido tratada con discriminación y agresividad. Asimismo, señaló que vivía con mucho miedo de que su hija enfermara por las condiciones en las que les tocó vivir, y sus hijos y ella pasaban "tensos, asustados, ofuscados deprimidos, sin ganas de vivir". Finalmente, indicó que le diagnosticaron diabetes emotiva, a raíz del estrés sufrido por la situación de su hija.

415. Por su parte, en la evaluación psicológica realizada por la perita Sonia Nivelo, Iván Lluy presentó "reacciones de estrés grave y trastornos de adaptación", humor depresivo, ansiedad, preocupación, sentimiento de incapacidad para afrontar problemas; así como sentimientos de ira, frustración, desesperanza y culpa. La perita diagnosticó que Iván Lluy padecía depresión moderada. En su declaración ante fedatario público, Iván manifestó que su vida "fue horriblemente afectada" al enterarse del contagio de su hermana, "[m]uchas veces no pud[o] aguantar y solo podía llorar". Además, señaló que le fue diagnosticada "depresión mayor", y tuvo que tomar medicamentos por un año y medio. Asimismo, la Corte constata que en la declaración rendida ante fedatario público por su madre, Teresa Lluy, ésta señaló que cuando tuvo que trasladarse con Talía a Quito para que fuera atendida, "[s]u hijo pasaba en Cuenca completamente solo, a veces dormía en los parques o donde encontraba un hueco porque no tenía[n] para arriendo".

416. Por ello, considerando las circunstancias del presente caso, los sufrimientos que las violaciones cometidas causaron a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que éstas sufrieron, la Corte estima pertinente fijar en equidad, por concepto de daño inmaterial, una indemnización equivalente a US$ 350.000,00 (trescientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Talía Gonzales Lluy; US$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Teresa Lluy, y US$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor de Iván Lluy.

---

[426] *Cfr. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, párr. 482.

### *E. Costas y gastos*

417. Los ***representantes*** alegaron que las víctimas han incurrido en múltiples gastos por las gestiones realizadas a nivel interno y en el curso del procedimiento ante el sistema interamericano; que incluyen lo erogado para asistir a audiencias, gastos de correo, reproducción de documentos, movilización, hospedaje y alimentación. Por ello, solicitaron a la Corte considerar en equidad el reintegro de US$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de costas y gastos, "siempre que no se conceda el Fondo de [A]sistencia [L]egal a [V]íctimas".

418. El ***Estado*** alegó que "los representantes […] conocen la obligación de emitir facturas por los servicios profesionales", por lo que al no contar con los documentos que confirmen la pretensión solicitada, el Estado entendería por costas y gastos un rubro no mayor a US$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América).

419. La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia[427], las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el sistema interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable[428].

420. Este Tribunal ha señalado que "las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte"[429]. Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos[430].

421. En el presente caso, no consta en el expediente respaldo probatorio preciso en relación con las costas y gastos en los cuales incurrieron los representantes de las víctimas. No obstante ello, este Tribunal puede inferir que los representantes incurrieron en gastos relativos al ejercicio de su representación legal durante el proceso ante esta Corte. Asimismo, es razonable suponer que durante los años de trámite del presente caso ante la Comisión las

---

[427] *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas,* párr. 42, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, párr. 488.

[428] *Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, párr. 488.

[429] *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*, párr. 79, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, párr. 489.

[430] *Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*, párr. 277, y *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*, párr. 489.

víctimas y los representantes realizaron erogaciones económicas. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte fija en equidad la cantidad de US$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) que deberán ser entregados a los representantes por concepto de costas y gastos por la tramitación del proceso ante el sistema interamericano de derechos humanos. En la etapa de supervisión de cumplimiento de la presente Sentencia, la Corte podrá disponer el reembolso por parte del Estado a las víctimas o sus representantes de gastos posteriores razonables y debidamente comprobados[431].

### *F. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas*

422. Los representantes de las víctimas solicitaron el apoyo del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte para cubrir gastos del litigio ante la Corte. Mediante la Resolución del Presidente de 7 de octubre de 2014, se declaró procedente la solicitud y se autorizó otorgar la asistencia económica necesaria para la presentación de un máximo de tres declaraciones y dos peritajes, en audiencia o por *afidávit*, y la comparecencia de uno de los representantes en la audiencia pública convocada en el presente caso.

423. El 30 de junio de 2015 le fue remitido al Estado un informe de erogaciones según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el funcionamiento del referido Fondo. El Estado señaló que no tenía observaciones sobre las erogaciones realizadas en el presente caso, las cuales ascendieron a la suma de US$ 4.649,54 (cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve dólares, cincuenta y cuatro centavos de los Estados Unidos de América) por los gastos incurridos. Este monto deberá ser reintegrado a la Corte Interamericana en el plazo de noventa días, contados a partir de la notificación de la presente Sentencia.

### *G. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados*

424. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial, así como el reintegro de las costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente a las personas indicadas en la misma, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos.

425. En caso de que los beneficiarios fallezcan antes de que les sean entregadas las indemnizaciones respectivas, éstas se efectuarán directamente a sus derecho habientes, conforme al derecho interno aplicable.

426. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio que se encuentre vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

427. Si por causas atribuibles a los beneficiarios de las indemnizaciones o a sus derecho habientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera ecuatoriana solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria del Estado. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

---

[431] *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 291, *y Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, párr. 307.

428. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como indemnización por daño material e inmaterial, y como reintegro de costas y gastos deberán ser entregadas a las personas indicadas en forma íntegra, conforme a lo establecido en este Fallo, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

429. En caso de que el Estado incurriera en mora, incluyendo en el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada, correspondiente al interés bancario moratorio en la República del Ecuador.

## XIII
## PUNTOS RESOLUTIVOS

Por tanto,

**LA CORTE**

**DECIDE,**

Por unanimidad,

1. Aceptar el reconocimiento de un hecho efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 49 y 50 de la Sentencia.

2. Desestimar la excepción preliminar relativa a la alegada falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, en los términos de los párrafos 27 a 33 de esta Sentencia.

**DECLARA,**

Por unanimidad, que

3. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 167 a 191 de esta Sentencia.

4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy, en los términos de los párrafos 211 a 229 de esta Sentencia.

5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 233 a 291 de esta Sentencia.

6. El Estado es responsable por la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso penal, reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 298 a 316 de esta Sentencia.

7. El Estado no es responsable por la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso civil, reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 322 y 327 de esta Sentencia.

8. El Estado no es responsable por la violación del derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 331 a 333 y 338 de esta Sentencia.

**Y DISPONE,**

por unanimidad que:

9. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

10. El Estado debe brindar gratuitamente y en forma oportuna, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a Talía Gabriela Gonzales Lluy, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que requiera, en los términos de los párrafos 355 a 360 de la presente Sentencia.

11. El Estado debe realizar en el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones indicadas en el párrafo 364 de la Sentencia, en los términos dispuestos en la misma. Esta publicación debe mantenerse en una página *web* oficial al menos por un año.

12. El Estado debe realizar en el plazo de un año, a partir de la notificación de la presente Sentencia, el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional indicado en el párrafo 368 de la Sentencia, en los términos dispuestos en la misma.

13. El Estado debe otorgar a Talía Gabriela Gonzales Lluy una beca para continuar sus estudios universitarios que no se encuentre condicionada a la obtención de calificaciones que la hagan acreedora de una beca de excelencia, en los términos del párrafo 372 de esta Sentencia. Se establece un plazo de seis meses para que la víctima o sus representantes legales den a conocer al Estado su intención de recibirla.

14. El Estado debe otorgar a Talía Gabriela Gonzales Lluy una beca para la realización de un posgrado, que no se encuentre condicionada a su desempeño académico durante sus estudios en la carrera, en los términos del párrafo 373 de esta Sentencia. Para tal efecto, una vez que culmine su carrera, Talía deberá informar al Estado y a este Tribunal, en el plazo de 24 meses, sobre el posgrado que decidió realizar y su aceptación en el mismo.

15. El Estado debe entregar a Talía Gabriela Gonzales Lluy una vivienda digna en el plazo de un año, a título gratuito, en los términos del párrafo 377 de esta Sentencia.

16. El Estado debe realizar un programa para la capacitación de funcionarios en salud sobre mejores prácticas y derechos de los pacientes con VIH, en los términos de los párrafos 384 a 386 de esta Sentencia.

17. El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, las cantidades fijadas en los párrafos 409 y 416 por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, así como el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 421 de esta Sentencia.

18. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 423 de esta Sentencia.

19. El Estado debe rendir al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. Los informes relacionados con la atención médica y psicológica o psiquiátrica deberán presentarse cada tres meses.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Los Jueces Humberto Antonio Sierra Porto, Alberto Pérez Pérez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot hicieron conocer a la Corte sus votos concurrentes, los cuales acompañan esta Sentencia. Los Jueces Roberto F. Caldas y Manuel E. Ventura Robles se adhirieron al voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 1 de septiembre de 2015.

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Roberto F. Caldas

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Humberto Antonio Sierra Porto
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

**SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

***CASO CASO GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR***

**SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015**

***(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)***

## A. Introducción

1. La finalidad del presente voto concurrente es ampliar y complementar las razones por las cuales considero que no es necesario declarar la violación del artículo 26 de la Convención de la Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") para alcanzar la efectiva protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante "DESC"). Por el contrario, mi opinión jurídica sobre la materia es que esta vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada "la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida"[1].

2. Al respecto, quisiera aclarar que parto de la premisa según la cual es necesario que existan mecanismos para proteger estos derechos, razón por la cual entiendo la buena intención de los jueces y académicos que propenden por una aplicación directa del artículo 26 de la Convención. Sin embargo, me parece importante señalar los principales problemas que, en mi opinión, surgen de esta propuesta y que son, a su vez, las razones por las cuales estimo que la Corte Interamericana no debe adoptar esta posición.

3. Para sustentar lo anterior procederé entonces a analizar: i) los alcances del artículo 26 de la Convención Americana; ii) la limitación de competencia establecida en el Protocolo de San Salvador, y iii) la utilización de la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*. Finalmente y a manera de conclusión, realizaré algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y competencias de los tribunales de derechos humanos.

## B. Alcances del artículo 26 de la Convención Americana

4. Antes de comenzar con el estudio del artículo 26 de la Convención quisiera aclarar que mi posición sobre este tema se refiere exclusivamente a la competencia que la Corte Interamericana tiene para declarar vulnerados los derechos establecidos en el Protocolo de San Salvador, por lo que no me referiré de manera amplia a algunas discusiones que se dan en el marco del debate sobre la justiciabilidad de los DESC. En particular, pienso que no es relevante ahondar en la discusión sobre el carácter prestacional de los DESC, por cuanto es claro que todos los tipos de derechos lo son en

---

[1] Párr. 191 de la Sentencia.

mayor o menor medida. Tampoco considero que con mi posición se desconozca la naturaleza indivisible de los derechos humanos, dado que distingo entre las obligaciones que se le generan a un Estado por la firma y ratificación del tratado, y las competencias que ese mismo tratado pueda otorgar al órgano o tribunal que lo supervise. Al respecto, es cierto que los derechos están intrínsecamente conectados y no deben ser vistos de manera aislada, razón por la cual apoyo la justiciabilidad de los DESC vía conexidad, pero la indivisibilidad de los derechos no es suficiente para modificar la competencia de un tribunal, como lo proponen quienes pretenden una justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del artículo 26 de la Convención.

5. Una vez precisado lo anterior, me parece pertinente en primer lugar establecer cuáles son las obligaciones que se generan del artículo 26 de la Convención. Este artículo estipula que:

> CAPITULO III
> DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
>
> Artículo 26. Desarrollo Progresivo
>
> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. (Subrayado fuera del texto)

6. Sobre el alcance del artículo 26, la Corte ha indicado que la obligación principal que se desprende de este artículo es el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales[2], el cual conlleva "un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho"[3]. Además, la Corte manifestó que las obligaciones generales de los artículos 1 y 2 de la Convención también son aplicables a este artículo[4].

7. Ahora bien, el artículo 26 no establece un catálogo de derechos, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "Carta" o "Carta de la OEA"). De una lectura de la Carta se puede concluir que esta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que por el contrario se trata de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESC y para afirmar que efectivamente se encuentran consagrados en la Carta es necesario realizar

---

[2] *Cfr. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

[3] ***Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 103.**

[4] "[R]esulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado 'Derechos Económicos, Sociales y Culturales', se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado 'Deberes de los Estados y Derechos Protegidos' y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado 'Enumeración de Deberes'), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado 'Derechos Civiles y Políticos')". ***Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*, párr. 100.**

una labor interpretativa bastante extensa. Ejemplo de lo anterior es el derecho a la salud, el cual fue materia de análisis en el presente caso. Algunos autores afirman que dicho derecho está notoriamente consagrado en la Carta, no obstante, cuando se busca en el texto de la misma, se encuentran solamente dos referencias vagas en los artículos 34[5] y 45[6]. Al respecto, concuerdo plenamente con que "no es suficiente con solo inferir un derecho por su nombre desde la Carta, también es necesario que la Carta establezca el contenido mínimo de ese derecho. Este contenido mínimo podría ser clarificado luego - hasta cierto punto - por otros instrumentos internacionales. Definir todo el contenido y el alcance de un derecho por medio de otros instrumentos resultaría inevitablemente en una modificación de la Carta"[7].

8. En este sentido, cabe recalcar que:

> "La inclusión [del artículo 26] en el texto convencional requiere el esfuerzo teórico por dotarla de sentido, acorde con las demás normas de la Convención y los principios que rigen su interpretación, evitando dos posturas que entendemos incorrectas [entre ellas], la tentación de introducir mediante este artículo un catálogo completo de derechos sociales que evidentemente los Estados no tuvieron intención de incorporar en el sistema de la Convención, diseñado principalmente para la tutela de derechos civiles y políticos"[8].

9. Si bien hubiera sido deseable cuando se estableció el artículo 26 que se utilizara una técnica legislativa menos problemática como lo es el sistema de remisiones complejo a la Carta de la OEA, lo cierto es que la remisión es a la Carta y no a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESC[9]. Lamentablemente, este no es el caso[10].

10. Por otra parte, se ha afirmado que la Corte Interamericana ya habría aceptado en el caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú* que el artículo 26 de la Convención contiene en catálogo preciso de DESC, los cuales

---

[5] El artículo 34. i) de la Carta de la OEA establece entre los "objetivos básicos del desarrollo integral" la "[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica" (Subrayado fuera del texto).

[6] El artículo 45 de la Carta de la OEA señala: "Los Estados miembros […] convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: […] h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social".

[7] "[I]t is not enough just to infer a right by its name from the Charter, it is also necessary that the Charter provides a minimum content for that right. This minimum content could then be clarified – to a certain extent – by other international instruments. Defining the entire content and scope of a right by means of other instruments would invariably result in a modification of the Charter". (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 171.

[8] Víctor Abramovich, y Julieta Rossi, 'La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 9, 2007, p. 37.

[9] A manera de ejemplo, el artículo XI establece que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

[10] Al respecto, "[e]n el camino que debe seguirse para determinar si un derecho se encuentra implícito en la Carta es necesario, a nuestro entender, evitar el atajo de apelar directamente a la Declaración Americana como instrumento que informa el contenido de los derechos humanos consagrados en la Carta. [Esto teniendo en cuenta que] el artículo 26 habla de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta y no remite a la Declaración". Víctor Abramovich, y Julieta Rossi, 'La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 9, 2007, p. 47.

serían exigibles de manera directa. En mi opinión, el alcance que se le está tratando de dar a esta Sentencia es excesivo. En primer lugar, en la Sentencia no se declara la violación del artículo 26 y el estudio que se realiza es precisamente en torno a la obligación de desarrollo progresivo y no respecto a una exigibilidad directa de algún derecho en particular. En segundo lugar, la Sentencia no define ni aclara cuál sería el DESC que se estaría tutelando, ni su alcance o contenido mínimo. En tercer lugar, incluso si se quisiera derivar algún tipo de justiciabilidad directa de la afirmación de que las obligaciones de respeto y garantía son aplicables al artículo 26 de la Convención, cabe recalcar que estas afirmaciones son un *obiter dictum* de la Sentencia, por cuanto no tienen relación directa con la decisión final que fue la de no declarar violado el artículo 26[11]. Además, este punto de la Sentencia no fue reiterada en la jurisprudencia posterior de la Corte a pesar de que se han presentado casos en la que las violaciones alegadas podrían haberle permitido a la Corte reafirmar su posición, por lo que quedan dudas si después de seis años de adoptado el Fallo se puede considerar un precedente constante. Finalmente, esta Sentencia tiene un problema de base importante, porque no hizo mención alguna al Protocolo de San Salvador, lo cual como se estudiará más adelante, es fundamental para entender la competencia de la Corte en esta materia.

11. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible arribar a una primera conclusión y es que el artículo 26 de la Convención Americana no contiene un catálogo de derechos subjetivos establecido de manera clara, precisamente por los problemas que genera la remisión a la Carta de la OEA. Por tanto, la obligación que este artículo implica y que la Corte puede supervisar de manera directa es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su consecuente deber de no regresividad, de los derechos que se pudieran derivar de la Carta más allá de la simple referencia al nombre, como lo podría ser el derecho al trabajo[12].

### C. El Protocolo de San Salvador

12. Como se señaló anteriormente, no es posible abordar los debates sobre la competencia de la Corte Interamericana en materia de DESC sin tener en cuenta al Protocolo de San Salvador. En efecto, en el decimoctavo período ordinario de sesiones celebrado en 1988, la Asamblea General de la OEA abrió a firma el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). El texto del Protocolo se basó en un borrador de trabajo preparado por la Comisión Interamericana[13] y fue adoptado el 17 de noviembre de 1988. El Protocolo entró en vigor el 16 de noviembre

---

[11] En efecto, la razón por la cual la Sentencia decide que no hay violación es que "teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento". ***Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*, párr. 106.**

[12] Por ejemplo, el artículo 45.b de la Carta establece que: "El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar".

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a febrero de 2012),* 2012, pp 11.

de 1999 después de la ratificación de 11 Estados y a la fecha ha sido ratificado por 16 Estados[14].

13. Sobre la naturaleza de los protocolos, cabe recordar que éstos en el derecho internacional público son acuerdos independientes pero subsidiarios a un tratado que adicionan, aclaran, modifican o complementan el contenido procedimental o sustancial del mismo. La existencia de un protocolo está directamente ligada a la existencia del tratado, es decir, sin tratado base no existe protocolo[15].

14. La relevancia del Protocolo radica en que es mediante este tratado que los Estados de la región tomaron la decisión de definir cuáles son los DESC que están obligados a cumplir. Asimismo, establecieron de manera clara y precisa el contenido de dichos derechos. Por ejemplo, el artículo 10 del Protocolo consagra el derecho a la salud de la siguiente manera:

> **Artículo 10**
> **Derecho a la Salud**
>
> 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
> 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
> a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
> b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
> c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
> d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
> e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
> f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

15. Sin embargo, los Estados tomaron la decisión soberana de restringir cuáles de los DESC consagrados en el Protocolo podían ser objeto de supervisión por medio del mecanismo de peticiones individuales al establecer en el artículo 19.6 que:

> 6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Subrayado fuera del texto)

16. Es así como, mediante esta disposición, los Estados resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer de casos contenciosos que no se encuentren relacionados con algunos derechos sindicales y con el derecho a la educación. En efecto, en el presente caso la Corte ejerciendo la competencia que le

---

[14] Los Estados que han ratificado el Protocolo son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, Guatemala, Suriname y Uruguay. Extraído el 10 de septiembre de 2015 desde http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html.

[15] Véase, Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas. Consultado en: http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#protocols.

otorga este artículo declaró la vulneración del derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador[16].

17. Ahora bien, esta limitación de competencia no debe entenderse como contradictoria con lo dispuesto con el artículo 26 de la Convención Americana, si se tiene en cuenta que esta norma expresa la voluntad posterior y más específica de los Estados sobre la competencia de la Corte Interamericana sobre DESC. Tampoco se debe leer la Convención Americana de forma aislada sin tener en cuenta su Protocolo, por cuanto son tratados complementarios que deben ser leídos e interpretados de manera conjunta. De manera que la Corte puede conocer de casos contenciosos en los que se argumente la violación de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos que se pudieran derivar de la Carta, en virtud el artículo 26 de la Convención, así como de aquellos casos en que se alegue la vulneración de los artículos 8.a y 13 del Protocolo.

18. Asimismo, es relevante señalar que las obligaciones generadas por el Protocolo a los Estados Parte son independientes al hecho de que la Corte tenga competencia para declarar violaciones en el marco de su función contenciosa. Simplemente para la vigilancia de cumplimiento de estos derechos los Estados dispusieron otros mecanismos, como lo son los establecidos en los demás incisos del artículo 19 del Protocolo, tales como la posibilidad de formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de los DESC en el informe anual de la Comisión Interamericana.

19. No obstante a que la disposición del artículo 19.6 del Protocolo deja establecida la limitación de competencia de forma clara y precisa, algunos autores han señalado que se debe acudir al método de interpretación evolutiva y al principio *pro homine* con la finalidad de actualizar el sentido y alcance normativo del artículo 26 de la Convención. Por ello, a continuación procederé a estudiar algunos de los argumentos que se exponen para justificar esta posición.

### D. Interpretación evolutiva y principio *pro homine*

20. Sobre este punto, quienes propenden por una justiciabilidad directa de los DESC por vía de la aplicación del artículo 26 de la Convención, han argumentado que una manera de superar la barrera de competencia estipulada en el Protocolo sería mediante la aplicación de una interpretación evolutiva. En particular, utilizan el derecho comparado como herramienta, debido a que varios tribunales constitucionales de los países de la región han aceptado la justiciabilidad directa de los DESC. Al respecto, considero que esta temática debe ser abordada por dos vías. La primera implica un examen de los demás métodos interpretativos con los que se cuenta en el derecho internacional, ya que el método evolutivo no es el único que debe ser tenido en cuenta. En segundo lugar, expondré mi opinión sobre cómo debe ser valorado el derecho comparado en este tema.

21. Sobre los métodos de interpretación que deben ser tenidos en cuenta, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen los principales métodos. Esto ha sido acogido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, de manera que además del método evolutivo ha utilizado otros criterios de interpretación, tales como la interpretación literal, la interpretación sistemática y la interpretación teleológica. Al respecto, la Corte ha entendido que la interpretación literal es aquella que se realiza de buena fe conforme al sentido corriente de los

---

[16] Párr. 291 de la Sentencia. .

términos. Este tipo de interpretación ha sido usada por la Corte a través del significado literal de algunas expresiones o palabras de la Convención y otros tratados[17]. De otra parte, según la interpretación sistemática, la Corte ha sostenido que las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen[18]. En el marco de este tipo de interpretación, el Tribunal ha analizado los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y de la Convención Americana, así como algunos de los instrumentos del sistema universal de derechos humanos y otros sistemas regionales de protección como el europeo y el africano[19]. Asimismo, la Corte también ha utilizado la interpretación teleológica. Respecto a esta interpretación, la Corte ha analizado el propósito de las normas involucradas en la interpretación, considerado pertinente el objeto y fin del tratado mismo y los propósitos del sistema interamericano de derechos humanos. Por último, la interpretación evolutiva implica que:

> los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos[20].

22. Al respecto, cabe señalar que los métodos de interpretación deben ser utilizados cuando una norma es ambigua, situación que no considero que se dé respecto a la limitación de competencia que estipula el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador respecto al artículo 26 de la Convención, puesto que, como se indicó anteriormente, la norma es clara en su sentido. Sin perjuicio de lo anterior, si se quisiera hacer una interpretación de la norma no es suficiente con hacer uso de uno de los diversos métodos de interpretación existentes, por cuanto estos son complementarios entre sí y ninguno tiene una mayor jerarquía que el otro.

23. A manera de ejemplo utilizaré los otros métodos de interpretación para demostrar que estos, en vez de sustentar la justiciabilidad directa de los DESC por medio del artículo 26 de la Convención, apoyan la posición que he venido defendiendo en el presente voto. Respecto a la interpretación literal de las dos normas, a saber el artículo 26 de la Convención y el 19.6 del Protocolo, implica justamente lo que he venido realizando, y es concluir que de la lectura de las dos normas se puede derivar que no fue voluntad de los Estados establecer una opción de justiciabilidad directa en el artículo 26 y, por el contrario, en el artículo 19.6 determinaron una limitación de competencia. La interpretación literal hace referencia a la buena fe con que se deben interpretar los tratados y, esto es relevante en este punto, por cuanto pareciera que la intensión de llegar a un resultado concreto en algunos casos desorienta el sentido

---

[17] Ver, por ejemplo, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 178, y *Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 93.

[18] *Cfr. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 191, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43.

[19] *Cfr. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párrs. 191 a 244.

[20] *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 245, y ***El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.**

literal de la norma o lleva a hacer caso omiso de normas o factores relevantes para la interpretación.

24. Con relación a la interpretación sistemática, para determinar los alcances del artículo 26 de la Convención no se debe obviar lo establecido en el Protocolo, ya que, como se manifestó anteriormente, los dos tratados deben ser leídos de forma conjunta. Por esto, una interpretación sistemática que solo utilice a otros artículos de la Convención no puede ser considerada valida. Por otra parte, algunos autores manifiestan que de una interpretación sistemática con base en el artículo 4 del Protocolo se podría llegar a concluir la inaplicación del artículo 19.6 del Protocolo. Al respecto, el mencionado artículo indica que:

**Artículo 4**
**No Admisión de Restricciones**

> No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

25. Al respecto, considero que esta norma sería aplicable si en el artículo 26 de la Convención se hubiese estipulado un catálogo donde estuvieran los DESC claramente establecidos, pero como ya se expresó, esto no es así, por lo que no se puede argumentar que son dos normas que realmente estén compitiendo. Además, no sería lógico pensar que este artículo cancela o deroga la limitación de competencia del artículo 19.6, por cuanto éste no restringe derechos, sino competencias de la Comisión y de la Corte. Confundir la restricción de un derecho con las limitaciones de competencias podría conllevar al resultado absurdo de abrir completamente la competencia de la Corte, incluso en contravía de la voluntad de los Estados.

26. Con relación a la interpretación teleológica, algunos han afirmado que este método es favorable a la justiciabilidad directa de los DESC por dos vías, a saber: i) el fin último del sistema interamericano es la protección de los derechos humanos y esto implica intentar hacer exigibles el mayor número de derechos posibles, y ii) cuando se creó el artículo 26 de la Convención la intención de los Estados no era la de excluir la posibilidad de la exigibilidad directa de los DESC. Sobre el primer punto, cabe señalar que precisamente el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el sistema interamericano de manera más exacta los DESC y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo como un tratado que atentaría contra el fin del sistema interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. Además, sobre este punto debe recalcarse que "[s]i el sentido corriente de una disposición es claro en no otorgar jurisdicción a los órganos del sistema interamericano, el objeto y fin de la Convención no se pueden utilizar para derribar ese resultado"[21].

27. Con relación al segundo argumento, si bien los trabajos preparatorios son medios de interpretación complementarios, la Corte Interamericana en algunos casos los ha usado para intentar vislumbrar la finalidad o propósito que perseguían los Estados al momento de crear el tratado. En efecto, en la Sentencia del *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú* se hizo referencia a los

[21] "If the ordinary meaning of a provision is clear in not granting jurisdiction to the IAS bodies, the object and purpose of the Convention cannot be used to overthrown that result". (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 170.

mismos con la intensión de mostrar que los Estados habrían podido estar de acuerdo con la justiciabilidad directa de los DESC cuando se discutió el artículo 26 de la Convención. Al respecto, cabe resaltar que:

> El Tribunal solo presentó los puntos de vista de aquellos Estados que trataron de materializar el ejercicio de los DESC por medio de la actividad de la Corte. No se hizo mención de los países que se opusieron a la exigibilidad de los DESC y, más importante, como Burgorgue-Larsen recalca: nada se dijo sobre el proceso por el cual en última instancia se dio lugar a la elaboración de Artículo 26 como tal. Tampoco se dijo nada sobre el alcance que los diferentes Estados estaban dispuestos a otorgar a este artículo. ¿Significa esto que el artículo era el resultado de un compromiso, o esto representa aquellos Estados que estaban a favor de dar a los derechos económicos y sociales un lugar tan importante? Claramente, los silencios de la Corte fueron parte de su estrategia para llegar a su objetivo, pase lo que pase, es decir, confiriendo el alcance más amplio posible sobre el artículo 26. Sin embargo, dejando fuera a Brasil y Guatemala, los trabajos preparatorios muestran cuán reacios fueron la mayoría de los Estados para reconocer que lo que iba a convertirse en el artículo 26 debería ser procesable[22]. (Subrayado fuera del texto)

28. Respecto al uso del derecho comparado como una vía para fortalecer una posible interpretación evolutiva en la materia, si bien es cierto que la mayoría de la Constituciones de los países de la región consagran catálogos de DESC y en muchos se concede la posibilidad de justiciabilidad directa de los mismos, estimo que esto no es un argumento suficiente para ampliar el alcance del artículo 26 de la Convención. Al respecto, reitero que son los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa en este artículo y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo resolvieron limitar la competencia de la Corte. Entonces, si bien internamente los Estados han ido ampliando su posición, no le compete a la Corte modificar la voluntad que fue inicialmente expresada en el Protocolo. En este sentido, la Convención Americana en sus artículos 31, 76 y 77 determina que, en caso de querer reconocer otros derechos, es posible realizar enmiendas o protocolos que lo permitan. Por ello, concuerdo con que "[s]i los Estados quieren realmente tomarse en serio el tema es urgente una revisión de los tratados en la materia para que sean ellos mismos quienes decidan actualizar sus obligaciones sobre el tema"[23].

29. Por otra parte, algunos autores acuden al principio *pro homine* establecido en el artículo 29 de la Convención para afirmar que este propende por la exigibilidad directa de los DESC vía el artículo 26, dado que esta posición sería más garantista. Sobre este principio, la Corte ha establecido que "el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana,

---

[22] "The Court put forward the points of view of only those States which tried to materialise the exercise of ESC rights by means of the activity of the Court. No mention was made of the countries which opposed the enforceability of ESC rights and, more importantly, as Burgorgue-Larsen recalls: nothing was said about the process which ultimately gave rise to the drafting of Article 26 as such. Nor was anything said about the scope the different States were prepared to confer on this article. Does this mean that the article was the result of a compromise, or did it represent those States which were in favour of giving economic and social rights such an important place? Clearly, the silences of the Court were part of its strategy to reach its objective, come what may, namely conferring the widest scope possible on Article 26. But Brazil and Guatemala aside, the preparatory works show just how reluctant the majority of States were to recognize that what was to become Article 26 should be actionable" (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 170.

[23] Juan Carlos Upegui Mejía, *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos*. Barcelona, España, 26 de febrero de 2015. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=7cAls8PSzmo&feature=youtu.be

objetivo angular de protección de todo el [s]istema [i]nteramericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia"[24]. En efecto, el principio *pro homine* debe ser aplicado cuando la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. Justamente, lo que ha demostrado el análisis llevado a cabo en el presente voto es que la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma[25].

### E. Conclusión y consideraciones finales

30. Una vez expuestos los argumentos jurídicos que sustentan mi decisión en la presente Sentencia, me parece adecuado además presentar otras razones que refuerzan el sentido de mi posición. Para empezar, uno de los motivos por los cuales los argumentos de quienes están en pro de la justiciabilidad directa de los DESC a través del artículo 26 no me parecen persuasivos, es porque no logran fundamentar cómo esta vía, que implica ir en contravía de lo expresamente señalado por el Protocolo, es una mejor opción que las otras vías de protección que ha utilizado la Corte como la conexidad con el derecho a la vida o a la integridad personal, o el concepto de "vida digna". Algunos autores manifiestan que esto es necesario para dar un ámbito de protección específico de los DESC, sin tener en cuenta que el Protocolo de San Salvador creó dicho ámbito de protección, mas concluyó que la Corte sólo conocería de manera directa de los derechos consagrados en el artículo 8.a y 13 del Protocolo. Además, no se ha demostrado que la utilización de la conexidad o del concepto de "vida digna" como mecanismos de protección indirecta de los DESC[26] no sea efectivo para la protección y garantía de los derechos de las víctimas, o que no sea una opción garantista. Coincido con que es importante que las líneas jurisprudenciales sean garantistas y de avanzada, pero en estos casos donde la protección se puede alcanzar por vías menos gravosas y controvertidas es mejor optar por medios más efectivos y dejar de lado algunas pretensiones académicas.

31. En efecto, en la presente Sentencia la Corte decidió analizar las afectaciones a la salud de Talía Gonzales Lluy por ser una persona con VIH a través de los derechos a la vida y a integridad personal consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención. Esta vía argumentativa no impidió que la Corte realizará importantes avances con relación a los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la prestación de los servicios de salud, así como a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud privados. Lo anterior no implica la creación de un nuevo derecho, sino darle contenido y alcance a derechos como la vida e integridad que sí se hallan consagrados en la Convención y, por tanto, aceptado por los Estados Parte.

---

[24] *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 34.

[25] En el mismo sentido, ver: *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 79.

[26] En similar sentido, el perito Courtis en la audiencia pública del presente caso manifestó que: "No [...] obje[ta] de[sde] el punto de vista conceptual [que se interprete el derecho a la salud a través del derecho a la integridad física porque] los derechos [son] indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía".

32. Por otra parte, otra de mis preocupaciones se centra en que expandir la competencia de la Corte desconociendo la voluntad de los Estados conlleva la deslegitimación del Tribunal y pone en tela de juicio los avances jurisprudenciales que ya se han conseguido en otros temas con mucho esfuerzo. La legitimidad de los Tribunales está dada, en primer lugar, por la voluntad de los Estados que decidieron crearlos, así como por sus sentencias, la motivación que presenten en ellas y su apego al Derecho. Si la Corte se extralimita de las funciones que le son dadas por la Convención Americana y demás tratados del sistema interamericano, estaría minando la legitimidad y confianza que los Estados depositaron en ella. Una decisión que implicara desconocer la voluntad de los Estados en este punto puede acarrear una reacción negativa o un malestar que pone en peligro el sistema. Si bien la Corte no fue creada para complacer a los Estados, pues tiene la misión de juzgar su responsabilidad internacional, tampoco puede generar un desbalance tal que pudiera implicar la desprotección de los derechos humanos que busca salvaguardar. En este sentido, concuerdo con que:

> "una interpretación de la Corte sobre el alcance del artículo 26 que permita el acceso directo a violaciones de los DESC podría constituir tanto la ampliación de la jurisdicción como la ampliación de las 'oportunidades para detectar, denunciar o remediar el incumplimiento', en cualquier caso, es posible que produzca una reacción hostil por parte del Estado. Una vez más, en ambos casos, la hostilidad de un estado surgiría principalmente de su creencia de que el organismo supranacional está participando en más o en un tipo diferente de supervisión de la aceptada inicialmente por parte del Estado. En este modelo, la percepción del estado es más importante que la corrección (en la medida en que esto puede ser juzgado de manera objetiva) de la decisión supranacional. Si, como se argumenta, los estados entienden los términos de la Convención Americana y la decisión de la Corte en el caso Cinco Pensionistas y casos posteriores, como límites en el acceso directo para litigar los DESC a través del artículo 26, una interpretación más amplia de dicho artículo por parte de la Corte constituiría una extra-legalización"[27].

33. Finalmente, considero que los tribunales de derechos humanos, como la Corte Interamericana, no pueden entrar a suplir las deficiencias democráticas de los países, razón por la cual se debe ser cauteloso en la materia[28]. Los tribunales de derechos humanos deben buscar la protección de los derechos de las minorías, pero ateniéndose siempre a las competencias que les han sido atribuidas. Del balance que la Corte logre entre la tentación de expandir en demasía sus competencias y la necesidad de avanzar en los estándares jurídicos para la efectiva protección y garantía de los derechos humanos, depende en gran medida la estabilidad y futuro del sistema interamericano.

---

[27] "a Court interpretation of the scope of article 26 that would permit direct access for ESC violations could constitute either broadening of the jurisdiction, or expansion of the "opportunities to detect, expose or remedy noncompliance"-in either case, results likely to produce hostile state reaction. Again, in both cases, a given state's hostility would flow primarily from its belief that the supranational body is engaging in more or a different kind of oversight than the state initially accepted. In this model, state perception is more important than the correctness (to the extent that this may be judged objectively) of the supranational decision. If, as we argue, states understand the terms of the American Convention and the Court's rulings in Five Pensioners and subsequent cases as limits on direct access for ESC litigation via article 26, a broader interpretation of that article by the Court would constitute overlegalization" (Traducción propia) James L. Cavallaro, and Emily Schaffer. Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter-American Litigation and Social Change, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 39, Issue 2 (Winter 2006), p. 365.

[28] Al respecto, ver: "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman". Roberto Gargarella (2012).

Humberto Antonio Sierra Porto
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO CONCURRENTE DEL**

**JUEZ ALBERTO PÉREZ PÉREZ**

***CASO GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR***

**SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015**
***(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)***

1. Comparto plenamente el contenido de la Sentencia dictada en el presente caso y el profundo sentimiento de solidaridad con la víctima y de comprensión de sus sufrimientos. No obstante, he sentido la necesidad de emitir un voto concurrente habida cuenta de las constantes propuestas hechas durante la deliberación del caso para que se invocara como derecho principal violado por la acción del Estado el derecho a la salud, es decir, un derecho no incluido entre los que reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino entre los que reconoce el Protocolo de San Salvador, y que no es uno de los dos derechos que el artículo 19 de dicho Protocolo incluye en el régimen de protección específico del sistema, es decir, la intervención de los órganos del sistema: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Considero que esas propuestas son totalmente infundadas, por las razones que paso a exponer.

## I. *RECONOCIMIENTO DE DERECHOS E INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN*

2. La Convención Americana cumple una doble función con respecto a los derechos enunciados en ella: por un lado los reconoce, y por otro los incluye en un régimen de protección que es la novedad sustancial aportada por dicho instrumento.

### *A. Reconocimiento de derechos*

3. La Convención Americana *reconoce los derechos civiles y políticos* incluidos en el Capítulo II de la Parte I[1]: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y la servidumbre, derecho a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad y retroactividad, derecho a indemnización en caso de error judicial, protección de la honra y la dignidad, libertad de conciencia y de religión, libertad de pensamiento y de expresión, derecho de rectificación o respuesta, derecho de reunión, libertad de asociación, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derecho a la propiedad privada, derecho de circulación y de residencia,

[1] En el proyecto considerado por la Conferencia Especializada en que se adoptó la Convención se denominaba "Derechos protegidos" y comprendía el artículo referido al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

derechos políticos, igualdad ante la ley y protección judicial. Ésos son los derechos y libertades "incluidos en el régimen de protección de esta Convención" [2].

4. Esto no significa que sólo existan estos derechos y libertades, sino que sólo determina *cuáles son los derechos y libertades incluidos en el régimen de protección* de la Convención: por un lado, los artículos 31, 76 y 77 regulan la forma en que se podrán incluir otros derechos en el régimen de protección de la Convención; por otro lado, el artículo 29 ("Normas de Interpretación", incluido en el Capítulo IV, "Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación") *reconoce* otros derechos y garantías (en particular los que "son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática republicana de gobierno"), pero nada dice acerca de su inclusión en el régimen de protección.

5. El artículo 31, titulado "Reconocimiento de Otros Derechos", regula la forma en que esos otros derechos "[p]odrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención": "por los procedimientos previstos en los artículos 76 y 77".

6. Ello significa que existen "otros derechos" además de los reconocidos por la Convención que pueden ser justiciables según el derecho interno o según otro ordenamiento jurídico, pero sólo quedarán "reconocidos" a los efectos de la Convención (artículo 1.1) y estarán incluidos en el régimen de protección creado por ésta cuando se hayan seguido los procedimientos del artículo 76 o del artículo 77 (sea por enmiendas o protocolos).

### ***B. El régimen de protección***

7. El régimen de protección está fijado en la Parte II, "Medios de la Protección", que asigna esta competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (según el artículo 33). Todo ese régimen de protección está referido a los derechos humanos establecidos en la Convención o a los derechos y libertades reconocidos por la Convención. Veamos las disposiciones pertinentes:

a) *La Comisión (Capítulo VII)*: Los artículos pertinentes se refieren a la competencia de la Comisión, a la admisibilidad de los casos y al procedimiento. La Comisión tiene *competencia.* en relación con las "peticiones" presentadas por "[c]ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización [de los Estados Americanos]" que "contengan denuncias o quejas de *violación de esta Convención* por un Estado parte" (artículo 44) o con las "comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en *violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención"* artículo 45). Debe considerar *inadmisible* toda petición o comunicación que "no exponga hechos que caractericen *una violación de los derechos garantizados por esta Convención*" (artículo 47.b). Y la Sección relativa al "*Procedimiento*" se refiere al caso de que la Comisión reciba una petición o comunicación en la que se alegue *la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención"*.

b) *La Corte (Capítulo VIII):* Los artículos pertinentes se refieren a los casos que pueden someterse a la Corte y a la competencia de ésta. En cuanto al

---

[2] Artículo 31 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*sometimiento de casos*: sólo puede conocer de un caso que le sometan los Estados Partes o la Comisión luego de haberse agotado los procedimientos ante la Comisión (artículo 61), de modo que son aplicables todas las normas citadas respecto de la Comisión. En cuanto a la *competencia*, incumbe a la Corte decidir si "hubo *violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención*", y en caso afirmativo "dispondrá que se garantice al lesionado en el *goce de su derecho o libertad conculcados*", y si corresponde que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado "la *vulneración de esos derechos*".

*8. Alcance de la "compétence de la compétence".* Añadir derechos no es competencia de la Corte Interamericana, sino de los Estados. La competencia de decidir en cada caso concreto si tiene o no competencia no significa que la Corte pueda modificar el alcance y el sentido de la competencia que le asignan las disposiciones de la Convención.

## II. *MERO COMPROMISO DE DESARROLLO PROGRESIVO Y NO RECONOCIMIENTO DE DERECHOS*

9. La lectura del artículo 26, único del Capítulo III de la Parte I (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y titulado "Desarrollo Progresivo" demuestra que en ese artículo no se reconocen o consagran los derechos económicos, sociales y culturales, sino que establece algo muy distinto: el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que derivan de las normas pertinentes de la Carta de la Organización de los Estados Americanos "en la medida de los recursos disponibles". El texto del artículo es absolutamente claro, y también lo es su contexto. Esta interpretación es corroborada por los acuerdos ulteriores entre las partes y por la conducta ulterior de éstas. Asimismo, los antecedentes de la disposición la confirman plenamente.

### *A. Reglas de interpretación de los tratados*

10. Según la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al *sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*". El contexto comprende, entre otras cosas, el preámbulo del tratado, y "[j]untamente con el contexto" habrán de tenerse en cuenta los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior:

a) "todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones" y

b) "toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado".

11. También se podrá "acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31[3].

12. La jurisprudencia de la Corte Interamericana correctamente interpretada, tampoco respalda a la posición contraria a la aquí expuesta. A veces se cita el caso

[3] Asimismo se pueden utilizar los medios complementarios "para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable" pero ése no es el caso aquí.

Acevedo Buendía en apoyo de la tesis de que el artículo 26 reconoce a los derechos económicos, sociales y culturales como tales, pero un análisis de la sentencia revela que no es así.

### *B. El Protocolo de San Salvador como aplicación de los artículos 31 y 77 y como acuerdo ulterior o práctica ulterior*

13. En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes han seguido efectivamente el camino del artículo 77, en el *Protocolo de San Salvador* (adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999). Dicho Protocolo:

a) Proclama "la *estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos*, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un *todo indisoluble* que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros" (Preámbulo, tercer párrafo).

b) *Reconoce numerosos derechos económicos, sociales y culturales*: derecho al trabajo y a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; derechos sindicales; derecho a la seguridad social; derecho a la salud; derecho a un medio ambiente sano; derecho a la alimentación; derecho a la educación; derecho a los beneficios de la cultura; derecho a la constitución y protección de la familia; derecho de la niñez; protección de los ancianos, y protección de los minusválidos.

c) Pero *sólo incluye en el régimen de protección de la Convención a dos de ellos* (en un caso sólo parcialmente): "[e]n el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8[4] y en el artículo 13[5] fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". (artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador). Quiere decir que el sistema del Protocolo es muy distinto del sistema de la Convención. Mientras que en esta última el reconocimiento de un derecho o libertad implica su inclusión en el régimen de protección, en el Protocolo el reconocimiento no acarrea como consecuencia la inclusión. Ésta es excepcional y se da sólo en dos casos.

14. El Protocolo de San Salvador constituye también un acuerdo ulterior entre los Estados partes y una práctica ulterior de éstos que confirma la interpretación del artículo 26 ya expuesta.

## III. *DIFERENCIA CON LA INTERPRETACIÓN PROGRESIVA*

15. Por consiguiente, la Corte Interamericana no puede asumir competencia respecto de la presunta violación de un derecho o libertad no incluido en el régimen de protección

---

[4] Derechos a organizar sindicatos, así como federaciones y confederaciones nacionales e internacionales, y libertad sindical.

[5] Derecho a la educación.

ni por la Convención Americana ni por el Protocolo de San Salvador. En algunas ocasiones podrá –y así lo ha hecho en varios casos, incluido el presente– lograr un resultado análogo aplicando, correctamente, otras disposiciones, como las que protegen el derecho a la integridad personal, a la propiedad o a las garantías judiciales y la protección judicial.

16. Tampoco se puede invocar un principio como el de la interpretación progresiva de los instrumentos internacionales para añadir derechos al régimen de protección. El ámbito adecuado de aplicación de ese principio es el de la interpretación de un derecho o libertad, o de una obligación estatal, que exista y esté incluida en el régimen de protección de la Convención o el Protocolo, en un sentido distinto y generalmente más amplio que el que le hayan dado originalmente sus autores. Ejemplo de esto es la inclusión de la orientación de género dentro de la mención de "cualquier otra condición social" como uno de los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 1.1 de la Convención[6].

## IV. *LOS TRABAJOS PREPARATORIOS*

17. La preparación de la Convención Americana se extendió durante muchos años, y en algunos de los proyectos se reconocían varios derechos económicos, sociales y culturales, aunque ello no implicaba necesariamente su inclusión en el mismo régimen de protección previsto para los derechos civiles y políticos. Entendemos adecuado limitar el análisis a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en la que se adoptó el texto definitivo de la Convención Americana.

18. Ante todo, es preciso señalar que la caracterización de esos antecedentes hecha en la sentencia del *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú* no es correcta. Allí se dice lo siguiente:

> En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una "mención directa" a los "derechos" económicos, sociales y culturales; "una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica […] en su cumplimiento y aplicación" [Chile]; así como "los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección" [Chile], ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo "recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires" [Uruguay]. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos" [Brasil]. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso "hac[er] posible [la] ejecución [de dichos derechos] mediante la acción de los tribunales" [Guatemala]. (Se han sustituido las notas de pie de página por la mención del Estado al que se atribuyen las distintas propuestas)

19. El estudio directo de las actas de la Conferencia Especializada revela un panorama sumamente distinto. Para comenzar, en la Sentencia de la Corte se recogen fragmentos de observaciones hechas por cuatro Estados sobre un total de 23 Estados participantes, lo cual dista de indicar un movimiento masivo o mayoritario en

[6] Ver, por ejemplo, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

determinado sentido. En realidad, hubo observaciones de varios Estados más. A continuación se transcriben todas ellas:

*Observaciones del Uruguay*[7]

> 10. El Artículo 25°, Apartado 2, recoge en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires. Su contenido no parece propio de una convención, pero quizás no sea políticamente conveniente oponerse a la inclusión de dicho texto.

*Observaciones de Chile*[8]

> 14. Las disposiciones que han quedado en el proyecto en materia de derechos económicos, sociales y culturales, son las que merecen mayores reparos de forma y fondo. Ellas son los artículos 25, 26 y 41. Se ha eliminado toda mención directa a dichos derechos; indirectamente, en el artículo 25, párrafo 1, hay un reconocimiento insuficiente de "la necesidad de que los Estados Partes dediquen sus máximos esfuerzos para que en derecho interno sean adoptados y, en su caso, garantizados los demás derechos consignados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y que no hubieren quedado incluidos en los artículos precedentes". Si, como se ha pretendido justificarlo, la omisión de estos derechos –que ni siquiera son objeto de un tratamiento en un capítulo separado del proyecto- se debe a su inclusión en capítulos especiales de la Carta de la O.E.A., en su texto una vez que se aprueben las enmiendas contenidas en el Protocolo de Buenos Aires, debería al menos hacerse una referencia explícita a las normas aprobadas en dicho Protocolo, que aluden a derechos económicos, sociales o culturales.
>
> 15. En buena técnica jurídica, sin embargo, a estos derechos se les debería dar una redacción apropiada dentro del proyecto de Convención, para que se pueda controlar su aplicación. Naturalmente que su enumeración no debería estar en contradicción con las normas del Protocolo de Buenos Aires. Las normas económicas de dicho Protocolo, por ejemplo, que son las únicas que se consignan en el proyecto de Convención (art. 5, párrafo 2), tienen en el documento en estudio una redacción que no tiene relación alguna con un proyecto de Convención de Derechos Humanos. Una simple lectura del párrafo aludido así lo confirma. Debería sugerirse, si se mantiene el criterio de redactar una Convención única, la técnica seguida por Naciones Unidas y por el Consejo de Europa, de enumerar los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo además detalladamente los medios para su promoción y control.
>
> 16. A este respecto, es digno de considerarse el punto relativo a decidir si la Comisión de Derechos Humanos, tal como está concebida, es decir, como órgano jurídico y cuasi judicial, es el órgano apropiado para recibir informes periódicos sobre estos derechos. Si la Organización de los Estados Americanos va a tener un Consejo Interamericano Económico y Social y un Consejo Interamericano Cultural, ambos con Comisiones Ejecutivas Permanentes, sería del caso examinar si no corresponde más bien a estos órganos de la OEA el examen de los informes periódicos a que se refiere el artículo 41. De este modo, la Comisión de Derechos Humanos quedaría sólo con competencia para considerar peticiones y quejas sobre derechos civiles y políticos, de acuerdo con su origen, composición y normas de funcionamiento.
>
> 17. En todo caso, debería consignarse respecto de los derechos económicos, sociales y culturales una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica (hasta donde lo permite la naturaleza de estos derechos) en su cumplimiento y aplicación. Para ello, *sería necesario contemplar una cláusula semejante a la del artículo 2, párrafo 1, del Pacto de Naciones Unidas sobre la materia. Ese párrafo es del tenor siguiente:*

---

[7] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 37.

[8] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 42 y 43.

> *"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad, por todos los medios apropiados inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, de los derechos aquí reconocidos".*

*Observaciones de Argentina*[9]

Artículo 25, segunda parte y 26: Se observa que, si bien la segunda parte del artículo 25 es una trascripción textual del artículo 31, de la Carta de la O.E.A., reformada por el Protocolo de Buenos Aires, el artículo 26 obliga a los Estados a informar periódicamente a la Comisión de Derechos Humanos sobre las medidas que hubieran adoptado para lograr los fines mencionados en el artículo 25. Además el artículo 26 reconoce a la Comisión el derecho a formular recomendaciones al respecto, a los Estados, lo que, con toda evidencia, escapa y excede a su competencia y posibilidades. Por otra parte no se da a los Estados posibilidad de formular observaciones a las citadas recomendaciones de la Comisión. Por lo expuesto, se sugiere la revisión y reconsideración del artículo 26.

*Observaciones de la República Dominicana*[10] Artículo 25 (Nótese el cambio de orden)

Párrafo 1: Creemos que *es preferible suprimir este párrafo puesto que en el Artículo 70 ya se prevé un procedimiento por el que se puede lograr la ampliación gradual de la protección en forma de que incluya otros derechos que figuran en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Las obligaciones de los Estados Partes deben estipularse con claridad y sin tratar vagamente de incorporar otras obligaciones por alusión*.

Párrafo 2: Puesto que este párrafo es una reafirmación de los objetivos económicos y sociales acordados cuando se firmaron las enmiendas a la Carta de la OEA en 1967, este artículo debe también reafirmarlo, y la forma debe ser igual a la de la Carta enmendada.

El título propuesto y el texto modificado serían:

Artículo 25. *Objetivos Económicos y Sociales. Los Estados Partes reafirman el acuerdo establecido en las Enmiendas a la Carta de la OEA firmadas en 1967 de dedicar todo esfuerzo para lograr los siguientes objetivos básicos a fin de acelerar su desarrollo económico y social, de acuerdo con sus propios métodos y procedimientos y en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano:* (a) el incremento sustancial y auto sostenido del producto nacional por habitante; (b) distribución equitativa del ingreso nacional; (c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos; (d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines; (e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios; (f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; (g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; (h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; (i) Protección de la capacidad potencial humana mediante la extensión y aplicación de la ciencia médica moderna; (j) Alimentación apropiada, especialmente acelerando los esfuerzos nacionales para aumentar la producción y disponibilidad de alimentos; (k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; (l) Condiciones urbanas que ofrezcan la oportunidad para una vida sana, productiva y plena; (m) Promoción de la iniciativa e inversión privadas de acuerdo con la

---

[9] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 47.

[10] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 69 y 70.

acción que se tome en el sector público, y (n) Ampliación y diversificación de las exportaciones.

*Observaciones de México*[11]

III-3. Despierta serias dudas la conveniencia de incluir en el anteproyecto los derechos consagrados en el artículo 25 del Proyecto: Por una parte, tal enunciación podría resultar repetitiva, toda vez que ya figura en el Artículo 51 del Protocolo de Reformas a la Carta de la O.E.A. Enseguida, a diferencia de todos los demás derechos aludidos en el proyecto - que son derechos de que disfruta el individuo como persona o como miembro de un grupo social determinado- resulta difícil en un momento dado establecer con precisión cuáles serían el o las personas que resultaran directamente afectadas en el caso de que fueran violados los derechos contenidos en el referido artículo 25. Otro tanto podría decirse en cuanto hace al grado de dificultad implícito en determinar cuál sería, en su caso, la autoridad responsable de semejante violación.

*Observaciones de Guatemala*[12]

III) En el caso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 24. Para proteger y promover la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales anunciados en esta Convención, la Comisión Americana de Derechos Humanos, además de emplear otras medidas admitidas por el derecho internacional vigente en América, tendrá competencia para:

a) recabar de los Estados Partes informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto de dichos derechos,

b) Separadamente, o en cooperación con los gobiernos interesados, llevar a cabo estudios e investigaciones en relación a estos derechos;

c) Aprobar recomendaciones de carácter general o específicas para uno o varios Estados;

d) Gestionar de la Asamblea General o de otros órganos de la Organización de Estados Americanos la cooperación necesaria y la adopción de las medidas pertinentes;

e) Celebrar reuniones regionales y técnicas;

e) Propiciar la conclusión de convenciones y acuerdos internacionales sobre la materia;

f) Entrar en arreglos con entidades técnicas nacionales e internacionales.

Artículo 25. Los Estados Partes se comprometen a presentar a la Comisión informes periódicos sobre las medidas adoptadas con el fin de garantizar la observancia de los derechos económicos; sociales y culturales. La periodicidad de estos informes será determinada por la Comisión. También se obligan a presentar a la Comisión copia de los, informes que en relación a la observancia de estos derechos transmitan a otros Órganos, Organismos u Organizaciones internacionales.

Artículo 26. i) La Comisión podrá señalar a la atención de los órganos internacionales que se ocupen de cooperación o de asistencia técnica o a la de cualquier otro órgano internacional calificado toda cuestión surgida de los informes a que se refieren los artículos anteriores de esta Convención que pueda servir para que dichos órganos se pronuncien, cada uno dentro de su competencia, sobre la conveniencia de adoptar medidas internacionales capaces de contribuir a la aplicación progresiva de la presente Convención.

---

[11] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 101.

[12] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 115 y 116.

ii) La Comisión solicitará a los referidos órganos que le transmitan el resultado de los exámenes realizados, así como las medidas que dichos organismos adopten por propia iniciativa con base en los informes referidos.

Artículo 27. La Comisión considerará los informes que reciba de los Estados, de entidades nacionales e internacionales y de personas o grupos de personas individuales y, si lo estimare conveniente, podrá dar a publicidad los informes que reciba, así como las medidas que hubiera adoptado o las solicitudes dirigidas a otras entidades, con el objeto de permitir la formación de un juicio de la opinión pública nacional e internacional.

*Observaciones de Brasil*[13]

Artículo 25 Sustitúyase el texto del proyecto por el siguiente:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a *incorporar progresivamente a su derecho interno:*

a) los derechos contemplados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que no hayan sido incluidos entre los derechos definidos en los artículos precedentes:

b) los derechos y beneficios contemplados en las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura establecidas en los artículos 31, 43 y 47 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, formada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La ley podrá excluir los servicios públicos y las actividades esenciales, del derecho de huelga"

Justificación

*Los derechos civiles y políticos comportan una eficaz protección jurisdiccional tanto interna, cuanto internacional contra las violaciones practicadas por los órganos del Estado o sus representantes. Al revés, los derechos económicos, sociales y culturales son contemplados en grado y forma muy diversos por la legislación de los diferentes Estados Americanos y, aunque los Gobiernos deseen reconocerlos todos, su vigencia depende substancialmente de la disponibilidad de recursos materiales que le permitan su implementación.* El Artículo 25 del proyecto se ha inspirado en tal concepto pero su texto no corresponde a su intención. La redacción del párrafo 1 es vaga, limitándose a una manifestación de intención. Por su vez, el párrafo 2, al reproducir el contenido del Artículo 31 del Protocolo de Buenos Aires olvidó el derecho de huelga ya consagrado, con ciertas limitaciones, por el derecho interno de los Estados Americanos, así como las normas sobre educación, ciencia y cultura previstas en el Artículo 47 del mismo Protocolo. La enmienda tiene por objeto dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos.

20. Luego de algunos debates en los que se reiteraron algunas posiciones anteriores sin llegar a un consenso, y en ninguno de los cuales se propuso incluir a los derechos económicos, sociales y culturales en el régimen de protección previsto para los derechos civiles y políticos, se redactó un capítulo con dos artículos. El primero de ellos era igual al del artículo 26 incluido en el texto definitivo de la Convención, mientras que el segundo establecía un tenue e indirecto régimen de "control de cumplimiento de las obligaciones". En la parte titulada "Artículos revisados por la Comisión de Estilo" figura el texto de los artículos 26 y 27 que se sometieron a votación[14]:

Capítulo III

[13] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 124 y 125.

[14] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 318.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos y se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenas Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía, legislativa u otros medios apropiados.

Artículo 27. Control del Cumplimiento de las Obligaciones

Los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son la sustentación indispensable para el ejercicio de los otros derechos consagrados en esta Convención.

21. En la segunda sesión plenaria[15] figura la siguiente decisión:

Se aprueba el Artículo 26 sin sufrir ninguna alteración y se suprime el Artículo 27. En consecuencia se adelanta la numeración de los artículos subsiguientes.

Quiere decir, pues, que *en ningún momento se propuso la inclusión de los derechos económicos sociales y culturales en el régimen de protección previsto por la Convención, que se mantuvo limitado a los derechos civiles y políticos reconocidos en ella.*

## V. *CONCLUSIONES*

22. En conclusión, del artículo 26 de la Convención Americana no se puede deducir ni el reconocimiento específico de los derechos económicos, sociales y culturales ni su inclusión en el régimen de protección establecido por la Convención. El reconocimiento de otros derechos y su inclusión en el régimen de protección no incumben a la Corte sino a los Estados Miembros, mediante enmiendas (artículo 76) o protocolos (artículo 77) que apliquen el artículo 31.

23. No se trata de un caso en que la Corte pueda hacer una legítima interpretación progresiva mediante la cual se precise o varía la forma en que ha de entenderse un derecho o libertad reconocido por la Convención. La competencia de la competencia (*compétence de la compétence*) no permite a la Corte modificar su propia competencia, sino decidir en cada caso concreto y de conformidad con las normas pertinentes si en ese caso tiene o no competencia.

24. Por consiguiente, no corresponde que la Corte considere, y eventualmente declare, una violación del derecho a la salud.

Alberto Pérez Pérez
Juez

[15] Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 448.

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO CONCURRENTE DEL**

**JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

***CASO GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR***

**SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015**
***(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)***

Los Jueces Roberto F. Caldas y Manuel E. Ventura Robles se adhirieron al presente Voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

## INTRODUCCIÓN: SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL DERECHO A LA SALUD

1. Este es el primer caso en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "Tribunal Interamericano") en el que se declara la violación de una norma prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador")[1]. En efecto, en el caso *Gonzales Lluy y otros* se declara la violación del "derecho a la educación" consagrado en el artículo 13 del mencionado Protocolo, teniendo en cuenta que Talía Gabriela Gonzales Lluy fue expulsada a los 5 años de edad del jardín infantil en el que se encontraba estudiando por motivos relacionados a su situación de salud y de persona con VIH[2], señalando la autoridad que Talía podía ejercer su derecho a la educación "mediante una instrucción particularizada y a distancia"[3].

2. La Corte IDH concluyó que el riesgo real y significativo de contagio que pusiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, el Tribunal Interamericano resaltó que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de las demás niñas y niños del establecimiento educativo. Asimismo, la autoridad nacional utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria, por lo que la decisión constituyó un trato discriminatorio en contra de Talía. Además —tal como profundizo en un apartado posterior—, la Corte IDH consideró que la víctima sufrió una discriminación derivada de su condición de persona viviendo con

---

[1] Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el Decimoctavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ("OEA"), entrando en vigor el 16 de noviembre de 1999. Hasta la fecha este Protocolo está vigente en 16 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

[2] El Tribunal Distrital de lo Contencioso Nº 3 declaró inadmisible el recurso de amparo constitucional, considerando que "exist[ía] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ía] que predomin[ara]n los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación". *Cfr*. párr. 141 de la Sentencia.

[3] Párr. 144 de la Sentencia.

VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza, utilizando el Tribunal Interamericano por primera vez el concepto de "interseccionalidad" para el análisis de la discriminación.

3. Por otra parte, siguiendo su jurisprudencia previa respecto a la obligación de regulación, supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de salud, el Tribunal Interamericano declaró la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana respecto al derecho a la vida y del derecho a la integridad personal. En el presente caso la declaración de la violación del "derecho a la vida" tuvo la particularidad de involucrar una argumentación que va mucho más allá del concepto de "vida digna" y que involucra un análisis de circunstancias extremas como las del presente caso, donde los hechos generadores de responsabilidad internacional están asociados a un riesgo grave para la vida de Talía Gonzales Lluy, riesgo con el que tendrá que vivir durante toda su vida. La declaración de la responsabilidad estatal tuvo en cuenta el contexto particular de vulnerabilidad enfrentado por la familia Lluy y las condiciones particulares de Talía en tanto mujer, niña, pobre y persona con VIH.

4. Concurro plenamente con lo establecido en la Sentencia. Emito el presente Voto porque estimo necesario enfatizar y profundizar algunos elementos del caso, que considero fundamentales para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: I) el concepto de "interseccionalidad" en la discriminación (*párrs. 5-12*); II) la posibilidad de haber abordado el "derecho a la salud" de manera directa y eventualmente haber declarado la violación del artículo 26 de la Convención Americana (*párrs. 13-17*); y III) la necesidad de seguir avanzando hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano (*párrs. 18-23*).

## I. INTERSECCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN

5. El Tribunal Interamericano consideró que el Estado violó el "derecho a la educación" contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador[4], en relación con los artículos 19

[4] "Artículo 13: Derecho a la Educación:

1. Toda persona tiene derecho a la educación.

2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes".

(derechos del niño) y 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy, debido a la discriminación sufrida teniendo en consideración su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza.

6. La Corte IDH por primera vez utiliza el concepto de "interseccionalidad" de la discriminación en los siguientes términos:

> 290. Como se observa, la Corte nota que en el caso Talía confluyeron **en forma interseccional** múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, **sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente**. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, en tanto niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados. (Negrilla fuera de texto).

7. El concepto de interseccionalidad permite profundizar la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano sobre los alcances del principio de no discriminación, teniendo en cuenta que en el presente caso se configuró una discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación. En efecto, la discriminación contra Talía estuvo asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. La intersección de estos factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a interseccionalidad.

8. En efecto, respecto a la discriminación múltiple o compuesta, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla[5]. Para que sea posible considerar una discriminación como "múltiple" es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación. En similar sentido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Asamblea General de la OEA en junio de 2015, define la discriminación múltiple como "[c]ualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación"[6].

---

[5] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General No. 20, E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009, párr. 17.

[6] Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015, artículo 2.

9. Ahora bien, lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Un aspecto diferente lo constituye determinar la forma como, en algunos casos, interactúan esas causas entre sí, lo cual implica valorar si se proyectan en forma separada o en forma simultánea.

10. Por su parte, la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Ello activao visibiliza una discriminación que sólo se produce cuando se combinan dichos motivos[7].

11. La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación[8]. Este enfoque es importante porque permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.

12. En suma, la interseccionalidad en el presente caso es fundamental para entender la injusticia específica de lo ocurrido a Talía y a la familia Lluy, la cual solo puede entenderse en el marco de la convergencia de las diversas discriminaciones ocurridas. La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional. En el futuro la Corte IDH podrá ir precisando los alcances de este enfoque, lo cual contribuirá a redimensionar el principio de no discriminación en cierto tipo de casos.

---

[7] Para un mayor desarrollo doctrinal sobre el tema, ver Aylward, Carol, "Intersectionality: Crossing the Theoretical and Praxis Divide", *Journal of Critical Race Inquiry*, Vol 1, No 1; y Góngora Mera, Manuel Eduardo, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas," en Clérico, Laura, Ronconi, Liliana, y Aldao, Martín (eds.): *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, págs. 133-159.

[8] Asamblea General de Naciones Unidas. World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance. "The idea of 'intersectionality' seeks to capture both the structural and dynamic consequences of the interaction between two or more forms of discrimination or systems of subordination". "Whatever the type of intersectional discrimination, the consequence is that different forms of discrimination are more often than not experienced simultaneously by marginalized women". A/CONF.189/PC.3/5 de 27 de julio de 2001, párrs. 23 y 32. Al respecto, el Comité de la CEDAW ha reconocido que la discriminación contra la mujer basada en el sexo y el género está indisolublemente vinculada a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la condición jurídica y social, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas. Dictamen *Comunicación Nro. 17/2008, Alyne da Silva Pimentel Teixeira Vs. Brasil*. CEDAW/C/49/D/17/2008 de 27 de septiembre de 2011, párr. 7.7.

## II. LA POSIBILIDAD DE HABER ABORDADO EL DERECHO A LA SALUD DE MANERA DIRECTA Y AUTÓNOMA (ARTÍCULOS 26 Y 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

13. En el caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*[9], me permití exponer en un *Voto Concurrente* las razones por las cuales estimo que el "derecho a la salud" puede ser interpretado como un derecho susceptible de justiciabilidad directa en el marco de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención Americana.

14. En el presente caso surge con mayor intensidad la pertinencia de un análisis basado en el "derecho a la salud". La Corte IDH avanza un poco en esta materia al delinear algunos aspectos específicos sobre el alcance de este derecho que no habían sido establecidos previamente en su jurisprudencia. Por ejemplo, el Tribunal Interamericano alude a algunos estándares relacionados con el acceso a medicamentos y, en particular, precisa en qué forma el acceso a los fármacos antirretrovíricos es solo uno de los elementos de una respuesta eficaz para las personas que viven con VIH, dado que las personas que viven con VIH requieren un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo[10]. Por otra parte, la Corte IDH alude a algunos temas sobre el acceso a la información en salud[11]; derecho a la salud de las niñas y los niños[12], y el derecho a la salud de las niñas y los niños con VIH/SIDA[13]. Sin embargo, el análisis de la Corte IDH es realizado a la luz de su tradicional jurisprudencia sobre la conexidad de la salud con los derechos a la vida y a la integridad personal.

15. Al respecto, como lo expuse en el mencionado *Voto Concurrente* del *Caso Suárez Peralta* (2013), existen al menos estas consideraciones por las cuales conviene abordar de manera directa el derecho a la salud:

> 5. Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de *todos los derechos* reconocidos en la Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26[14], entre los cuales se encuentra el derecho al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que comprende el derecho a la salud —como se reconoce en la Sentencia que motiva el presente voto razonado—, considero que en el presente caso se debió analizar directamente este derecho social, debido a la competencia que entiendo tiene esta Corte IDH para pronunciarse sobre una posible violación a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente del derecho a la salud.

---

9 *Cfr. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

10 *Cfr.* Párrs. 193 a 197 de la Sentencia.

11 *Cfr.* Párr. 198 de la Sentencia.

12 *Cfr.* Párr. 174 de la Sentencia.

13 *Cfr.* Párrs. 198 y 199 de la Sentencia.

14 *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 16: "el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones", y así decide entrar al fondo del asunto al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado, precisamente sobre la supuesta incompetencia de la Corte IDH respecto del artículo 26 de la Convención Americana.

6. En efecto, la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo) del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas (*infra* párrs. 33-72), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), así como del artículo 29 (Normas de Interpretación) de la propia Convención Americana. Además, considerando los artículos 34.i) y 45 h) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud —como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos—, como lo son los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas, 12.1 y 12.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 y 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos y fuentes internacionales —incluso nacionales vía el artículo 29.b) de la Convención Americana—. Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

7. Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé "la plena efectividad" de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de "progresividad" y de "recursos disponibles" a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como se señaló en el caso *Acevedo Buendía*, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

8. Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, especialmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

[…]

11. En efecto, sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos* conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

[…]

15. La posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre el derecho a la salud deriva, en primer término, de la "interdependencia e indivisibilidad" existente entre los

derechos civiles y políticos con respecto de los económicos, sociales y culturales. En efecto, en la Sentencia que motiva el presente voto razonado, expresamente se reconoce ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

[…]

18. Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los económicos, sociales y culturales, realizada por la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, radica en que dicho pronunciamiento se efectúa al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de un derecho (seguridad social) no reconocido expresamente como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado[.]

19. La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo, al estimar que no era necesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte, que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que "la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*".

20. En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción a dicho precepto convencional. Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25.

[…]

27. Desde mi perspectiva, estos alcances [de la interdependencia] implican: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre

otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales; f) permitir una interpretación evolutiva del *corpus juris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador[,] y g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

[…]

34. Al pensar sobre las implicaciones del derecho a la salud, es necesaria una revaluación interpretativa del Artículo 26 de la Convención Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere "a los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americana, reformada por el Protocolo de Buenos Aires", partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

35. Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*. Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a sólo a ciertos derechos.

[…]

36. Desde mi perspectiva, se requiere un desarrollo interpretativo del Artículo 26 del Pacto de San José en la jurisprudencia de la Corte IDH que podría representar nuevos derroteros para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto en sus dimensiones individual y colectiva. Y podría configurarse un nuevo contenido en el futuro a través de interpretaciones evolutivas que refuercen el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos.

37. En ese sentido, considero oportuno el llamado que la muy distinguida jueza Margarette May Macaulay —de la anterior integración de la Corte IDH— realizara en su voto concurrente hace unos meses, en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina,* dirigido a actualizar el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador "no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana". […]

38. La jueza Macaulay precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo del Artículo 26 […].

39. Además de lo expresado, pueden considerarse algunos argumentos adicionales a esta interpretación de la relación entre la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, relativo a la competencia de la Corte para conocer de violaciones directas a derechos económicos, sociales y culturales a la luz del Artículo 26 del Pacto de San José.

40. En primer lugar, resulta indispensable partir de la importancia de tener en cuenta la interpretación literal del Artículo 26 respecto a la competencia establecida para proteger *todos*

*los derechos* establecidos en el Pacto de San José, lo que incluyen los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (Capítulos II: "Derechos Civiles y Políticos, y Capítulo III: "Derechos Económicos, Sociales y Culturales"). Como ya lo referí, la Corte IDH así lo ha reconocido de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* […].

42. Ahora bien, en ningún precepto del Protocolo de San Salvador se realiza referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación. Si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH.

43. Sobre la interpretación del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones. En mi opinión, lo que corresponde es aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

44. Por el contrario, una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos.

45. Corresponde entonces resolver este —aparente— problema a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes.

46. En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Asimismo, también ha sostenido que esa interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

47. Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

[…]

> 57. Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles (…). Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la Sentencia que motiva el presente voto razonado. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos. Como se ha puesto de relieve, "podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)".
>
> 58. Atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ya ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 […], en mi opinión, ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad. […]

16. Asimismo, respecto a argumentos según los cuales la Convención Americana no consagraría derechos sociales porque si estos derechos ya se encontraban en dicho tratado los Estados Parte hubieran preferido efectuar una enmienda del mismo para complementar o expandir el alcance de esos derechos —y no un protocolo—; en nuestro *Voto Conjunto Concurrente* a la Sentencia en el reciente caso *Canales Huapaya y otros Vs. Perú,* el Juez Roberto F. Caldas y el que escribe, precisamos que era posible una interpretación distinta sobre la relación entre "tratados" y sus "protocolos" en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como se puede observar en varios protocolos adicionales a tratados que establecen regulación complementaria a la materia desarrollada en el tratado respectivo, es decir, que los protocolos no están restringidos a la consagración de derechos nuevos[15]. Y lo anterior lo consideramos válido a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 26, 31 y 77 del Pacto de San José.

17. En el caso particular, el análisis del derecho a la salud como derecho autónomo hubiera permitido evaluar con mayor profundidad temáticas asociadas a la disponibilidad de antirretrovirales en determinadas épocas, los problemas de accesibilidad geográfica por la necesidad de trasladarse de una ciudad a otra para lograr una mejor atención, entre otros aspectos. En relación con este tipo de temas, su análisis a la luz del derecho a la vida y el derecho a la integridad personal puede resultar limitada, dado que estos derechos no incorporan directamente cierto tipo de obligaciones asociadas específicamente al derecho a la salud. Por el entendimiento de la relación entre el derecho a la salud y los sistemas de salud es importante para aplicar adecuadamente un enfoque de derechos respecto a estas temáticas de especial relevancia y sensibilidad para la región.

---

[15] Voto Conjunto Concurrente de los Jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2015, especialmente párrs. 26 a 29. En dicho voto aludimos a ejemplos relacionados con Protocolos Adicionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## III. LA NECESIDAD DE SEGUIR AVANZANDO HACIA LA JUSTICIABILIDAD PLENA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

18. Desde el primer caso de fondo que tuve que conocer como Juez titular de la Corte IDH me pronuncié a favor de la justiciabilidad directa del derecho a la salud, realizando una interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2, conjuntamente con el artículo 29 de dicho tratado; y a la luz de una interpretación sistemática con los artículos 4 y 19.6 del Protocolo de San Salvador[16].

19. En el presente caso me permito reiterar la necesidad de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. No se trata de ignorar el Protocolo de San Salvador ni menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales y culturales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano[17].

20. La interpretación evolutiva[18] a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo de San Salvador, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad; requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

21. Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. Ello no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Pacto, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus iuris* en materia de derecho a la salud —como en efecto se hace en el *Caso Gonzales Lluy y otros* que motiva el presente voto razonado, aunque se le denomina integridad personal, limitando significativamente por la vía de la conexidad los alcances reales del derecho a la salud—[19]. Tal como señalé en mi *Voto Concurrente* en el caso *Suárez Peralta:*

---

[16] Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

[17] *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, supra,* párr. 100.

[18] La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana también tiene fundamento a la luz de la normativa constitucional y de las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales, especialmente para la justiciabilidad del "derecho a la salud"; como tratamos de evidenciar en los párrs. 73 a 87, del *Voto Concurrente* en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Sobre las prácticas judiciales para la protección del derecho a la salud en distintos países del mundo, véase Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

[19] En los párrs. 172 y 173 de la Sentencia que motiva el presente Voto, se remarca "la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los

102. Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances. A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto respecto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales, económicos y culturales.

103. La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La justiciabilidad "directa" de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia esa dirección sobre la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

104. En definitiva, se trata de reconocer lo que de facto realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los signos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

---

casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello". Asimismo, se recurre a una amplia normatividad relacionada con el derecho a la salud: "la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho 'a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a […] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad'. Por su parte, el Artículo 45 de la Carta de la OEA requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos [… para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social'. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ecuador el 25 de marzo de 1993, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. Adicionalmente, en julio de 2012, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos enfatizó la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas". Véase, OEA. Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2 de 16 de diciembre de 2011, párrs. 66 y 67. Incluso, en la Sentencia se consideran los elementos esenciales del derecho a la salud, relativos a la *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad*, a que se refiere el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (*Observación General N. 14*), de conformidad con el párr. 173 de la Sentencia que motiva el presente Voto.

105. El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales[20] —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días.

106. Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes, invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

107. Como nuevo integrante del Tribunal Interamericano no es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano y, particularmente, en su órgano de protección de naturaleza jurisdiccional; simplemente pretendo llamar a la reflexión —por ser mi profunda convicción— sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en el caso concreto sobre el derecho a la salud. La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009[21].

108. En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

22. Pasados casi 46 años desde la suscripción de la Convención Americana y 27 años desde la adopción del Protocolo de San Salvador, es necesario dar pasos con mayor claridad hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales teniendo en cuenta los avances del derecho internacional de los derechos humanos[22] y atendiendo a los claros avances de los Estados Parte de la Convención Americana. Sobre esto último destaco en particular la Carta Social de las Américas de 2012 y muy en particular la reciente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015. En efecto, el artículo 36[23] de esta Convención dispone la posibilidad de que opere el sistema de

---

[20] Al respecto, véase von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia* un Ius Constitutionale Commune *en América Latina*, México, UNAM-IIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentiliches Recht und Völkerrecht, 2011.

[21] *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú, supra*, párrs. 99-103.

[22] Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, suscrito por el Ecuador.

[23] Artículo 36. Sistema de peticiones individuales. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados

peticiones individuales en relación con los derechos previstos en dicha Convención, los cuales incluyen, entre otros, el derecho a la seguridad social (artículo 17), derecho al trabajo (artículo 18), derecho a la salud (artículo 19), y derecho a la vivienda (artículo 24). Como puede observarse, este paso adoptado por varios Estados Parte de la OEA evidencia una tendencia cada vez mayoritaria hacia la plena justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

23. Por todos los argumentos expuestos en este Voto, esta interpretación hermeneútica no menoscaba la legitimidad de la Corte. Esa legitimidad tampoco se ha menguado al adoptarse criterios jurisprudenciales que tenían menos base normativa, como ha ocurrido al declararse la existencia de ciertos derechos innominados no previstos convencionalmente[24].

---

Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte. / Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección por la presente Convención. / Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. / […] Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[24] Así por ejemplo, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* la Corte IDH interpretó el "derecho a la consulta previa, libre e informada" de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el reconocimiento de los derechos a la cultura propia o identidad cultural, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. En el *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció la obligación especial de garantizar el "derecho a la vida cultural" de los niños indígenas. Además, en el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, para analizar la responsabilidad del Estado respecto de los derechos al nombre (artículo 18), a la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19, de la Convención Americana), la Corte IDH consideró que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección a la familia y del niño. En similar sentido, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, la Corte IDH desarrolló el denominado "derecho a la identidad" (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. En el *Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*, el Tribunal Interamericano declaró violado el "derecho a conocer la verdad" (derecho no previsto de manera autónoma en la Convención Americana). Por otra parte, en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, la Corte complementó su jurisprudencia en relación con el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención al referirse a los artículos 13 y 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977 . Posteriormente, en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, el Tribunal Interamericano interpretó los alcances del mismo artículo 21 utilizando tratados distintos a la Convención Americana. De esta forma, se refirió a la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, relativa a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares y el artículo 4.2.g del Protocolo II, respecto del acto de pillaje, para llenar de contenido el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 de la Convención Americana.

Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador. La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericana para dotar de contenido a muchos derechos convencionales utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

Por el contrario, la interpretación sistemática, integral y evolutiva, cimentada en la base normativa prevista en el artículo 26 de la Convención Americana y en sus relaciones con los artículos 1.1 y 2 de la misma, bajo la idea de que este artículo debe tener efecto útil porque no ha sido derogado, otorgan plena legitimación a este Tribunal Interamericano a dar pasos más decididos hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, más aún si se tiene en cuenta la tragedia diaria asociada a la negación sistemática de estos derechos en los países de las Américas.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**UNIDAD I: DAÑO**

**2) TERCER PLENO CASATORIO CIVIL. Casación nº 4664-2010. Puno.**




# TERCER PLENO CASATORIO CIVIL

Lima – Perú
15 de diciembre del 2010

**TERCER PLENO CASATORIO CIVIL**

Corte Suprema de Justicia de la República
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Centro de Investigaciones del Poder Judicial

**FONDO EDITORIAL DEL PODER JUDICIAL**

Edición: Centro de Investigaciones Judiciales.
Área de Investigación y Publicaciones
Palacio Nacional de Justicia, Segundo Piso
Av. Paseo de la República s/n
Teléfono 410 1010 – Anexos 11571 / 11185
Web: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij
Correo electrónico: cij@pj.gob.pe
Lima – Perú
2011

Hecho el Deposito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 2011 - 15680

Está prohibida la reproducción total o parcial de la presente obra sin el consentimiento escrito de los editores

Impreso en Perú

**CASACION N° 4664-2010**
**PUNO**
**DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACION DE HECHO**

Lima, diecisiete de noviembre del dos mil diez.-

**AUTOS Y VISTOS; Y ATENDIENDO:**

**Primero.-** Que, conforme lo establece el artículo 384° del Código Procesal Civil, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, acorde con la doctrina clásica. De ese modo, nuestro ordenamiento procesal reconoce expresamente como fines o funciones principales de dicho recurso a la función nomofiláctica, aunada a la función uniformadora; pues no sólo es necesario controlar la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica al caso concreto, sino que debe salvaguardarse el interés general dando certidumbre e igualdad en la aplicación o interpretación del derecho, con miras a su unidad y racionalidad. Ambas funciones tienen el mismo fundamento, que es el de propender a la seguridad jurídica a través de la simplificación de los diversos criterios de interpretación realizados por los órganos jurisdiccionales. Asimismo, contemporáneamente se acepta además, que el recurso de casación persigue también una finalidad dikelógica que no es otra que la de alcanzar justicia en el caso concreto; **Segundo.-** Que, con el fin de coadyuvar al cumplimiento de los fines nomofilácticos y uniformadores, nuestra norma procesal ha dotado a la sede casatoria de una herramienta que permite establecer líneas jurisprudenciales predecibles para la solución de causas similares. Así tenemos que el artículo 400° del Código Procesal Civil, modificado por Ley 29364, establece que la Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya precedente judicial, la misma que se tomará en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno Casatorio y vinculará a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente; **Tercero.-** Que, entre

los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los juzgados y salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente el referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345°-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, referidos tanto a la naturaleza jurídica de la misma, así como también si procede fijarse de oficio o sólo a petición de parte, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones números: 5106-2009-Lima; 1585-2010-Lima; 5512-2009-Puno; 208-2004-Piura; 3973-2006-Lima; 2449-2006-Cusco; 2548-2003-Lima; 3647-2006-Lima; 2178-2005-Cusco y 1358-2005-Lima, entre otras, en las que no se verifica que existan criterios de interpretación uniforme consenso respecto a los temas antes mencionados, así como a otros aspectos relacionados con el proceso de divorcio por la causal anotada; **Cuarto.-** Que, el presente caso se trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; en consecuencia, resulta necesario establecer pautas interpretativas con efectos vinculantes, para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales del país sobre el mismo tema, resulta necesario convocar al Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con el artículo 400° del Código Procesal Civil; en concordancia con el artículo 141° de la Constitución Política del Estado; el artículo 32°, inciso a), del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el artículo 133° del Código de los Niños y Adolescentes. Por lo que **se resuelve: CONVOCAR** a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el Pleno Casatorio que se realizará el día quince de diciembre del año en curso, a horas 10:00 a.m.; en consecuencia: **FIJARON** el mismo día y hora para la vista de la causa en audiencia pública para resolverse sobre el fondo de la casación, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 391° del Código Procesal Civil y el tercer párrafo del artículo 400° del mismo cuerpo normativo; **DISPUSIERON** la notificación a las partes con la presente resolución, concediéndoseles a los señores abogados diez minutos para informar oralmente, en caso lo solicitaran oportunamente; **ORDENARON**

se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, así como en el Diario Oficial del Distrito Judicial de Puno; notificándose.-

**Ss.**

**TICONA POSTIGO**

**CAROAJULCA BUSTAMANTE**

**PALOMINO GARCÍA**

**MIRANDA MOLINA**

**ARANDA RODRÍGUEZ**

Dra. CARMEN R. CHAMPAC CABEZAS
Secretaria de la Sala Civil Transitoria
de la Corte Suprema

22 NOV 2010

# CAPÍTULO III: SENTENCIA DE PLENO CASATORIO

# SENTENCIA DICTADA EN EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

**Casación N° 4664-2010-Puno**

En la ciudad de Lima, Perú, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once los señores Jueces Supremos, en Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido por el artículo 400 del Código Procesal Civil.

Vista que fue la causa en audiencia pública del Pleno Casatorio de fecha quince de diciembre del dos mil diez, oídos el informe oral del señor abogado de la parte demandante y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, de los actuados, resulta:

## I. DEL PROCESO.

La demanda fue presentada ante el Juez del Primer Juzgado de Familia de la Provincia de San Román de la Corte Superior de Justicia de Puno, como aparece del escrito de fojas 11 del expediente principal, y subsanado a fojas 19; y fue calificada y admitida a trámite en la vía de proceso de conocimiento conforme al Código Procesal Civil, así aparece del auto del veintidós de noviembre del dos mil seis de fojas 21.

Los actos postulatorios de las partes están configurados del siguiente modo:

### 1. DEMANDA.

Con el escrito de fojas 11, subsanado a fojas 19, Rene Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente se le otorgue un régimen de visitas para con sus menores hijos Robert y Mirian Huaquipaco Ortiz.

Sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velazco el 06 de diciembre de 1989 por ante la Municipalidad Provincial de Juliaca; procrearon cuatro hijos: Adán, James René, Robert y Mirian, nacidos: el 15 de febrero de 1981, el 30 de julio de 1986, el 15 de abril de 1989 y el 31 de julio de 1991, respectivamente.

Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año 1997, no obstante ello, ha venido cumpliendo los requerimientos fundamentales de la familia, especialmente con los alimentos, educación e instrucción de los hijos, tal como aparece de la sentencia de alimentos recaída en el Expediente N° 177-1997, seguido ante el Primer Juzgado de Familia de San Román, que impone un descuento del 50% de sus haberes a favor de su esposa e hijos Adán, James René, Robert y Mirian; y siendo estos dos últimos menores de edad, solicita como pretensión accesoria se le conceda un régimen de visitas a su favor. Finaliza precisando que no han adquirido con la demandada ningún bien susceptible de partición.

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL FISCAL PROVINCIAL.

Mediante escrito a fojas 41, la Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía de Familia de San Román se apersona al proceso y al contestar la demanda señala que se reserva el pronunciamiento hasta que las partes actúen las pruebas pertinentes dentro del proceso; sin embargo, precisa que su deber es velar por la protección de la familia y en tal sentido debe declararse infundada la pretensión interpuesta.

## 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN.

Por escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco contesta la demanda y formula reconvención en los siguientes términos:

### 3.1. Contestación.

La demandada afirma que convivió con el actor desde el año 1980, es decir, desde que tenía 19 años de edad, y por ansiar un mejor futuro para su familia le insistió al demandante para que estudie mientras ella se dedicaba al cultivo de café en el sector de Putina Punco. Es el caso que el actor ingresó para estudiar la carrera magisterial en Juliaca y la suscrita siempre le enviaba dinero para sus estudios, pero el actor siempre le pedía más y más, ya sea para la confección del terno, sus paseos de excursión, sus gastos de estudio, alimentación, alquiler del cuarto y otros, tal como acredita con las cartas que éste le remitía.

Señala además que el demandante los abandonó para irse con otra mujer, razón por la cual se vio en la necesidad de interponer demanda de alimentos para ella y sus hijos, que se tramitó como Expediente N° 177-1997. Desde entonces el actor jamás se ha preocupado por sus hijos, nunca los visitó y menos les dio orientación alguna. Tampoco la visitaba cuando nacieron los menores y, por el contrario, ha sido la demandada que se dedicó a la crianza de aquéllos, siendo que en la actualidad se dedica a vender fruta y lo poco que gana no le alcanza para subsistir ya que paga los estudios de su hijo James René quien se educa en el CEPRO Horacio Zevallos Games; de Robert que está preparándose en la academia, y de Mirian que cursa el cuarto año de secundaria. Por tal motivo, solicita que subsista la pensión alimenticia a su favor.

### 3.2. Reconvención.

Interpone reconvención para que el demandante la indemnice por el daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles). Como sustento de su pretensión reconvencional, reitera que ella envió dinero a su cónyuge para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, mientras ella siguió trabajando en la chacra. El reconvenido siempre la amenazaba con abandonarla y afirmaba que tenía otras mujeres que podían mantenerlo, y por el temor de que él la abandonara con sus hijos tuvo que prestarse dinero de diversas personas y familiares para remitírselo. Cuando

la suscrita quiso viajar a Juliaca el demandante se lo prohibía, y cuando tuvo su primer trabajo en la Escuela de Huancho y fue a visitarlo, el demandante se molestó y la avergonzó, al extremo de llegar a golpearla hasta dejarla inconsciente, y fueron los demás profesores quienes la auxiliaron, tal como se corrobora con el certificado médico y la constancia expedida por el Director de la Escuela que acompaña a la demanda. Luego se enteró que la razón de los golpes fue porque el demandante había dicho a todos que era soltero y no tenía ningún compromiso. Lo cierto es que él no quería contraer matrimonio con ella pese al compromiso que había asumido, pero finalmente lo hizo por exigencia de los padres de la demandada.

Agrega que los maltratos físicos sucedieron continuamente, e incluso el demandante llegó a agredir a su hijo mayor, Adán, y a botarlo de la casa. Asimismo, refiere que los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, como son cinco máquinas de tejer y doscientos veinticinco varillas de fierro para construcción, fueron vendidas por el demandante, además de que se llevó el dinero ahorrado ascendente US$.6,000.00, dejándola en el más completo abandono moral y material.

El actor la ha dejado para irse con una profesora llamada Natividad, y reitera que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, siendo que el mayor de ellos, Adán, tuvo que dejar sus estudios universitarios a medias. Actualmente, la reconviniente padece de dolencias cerebrales y se le ha ordenado efectuar una tomografía cerebral a la que no puede acceder por ser costoso dicho examen.

## 4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Por sentencia de 29 de enero del 2009, corriente a fojas 313 se declara FUNDADA la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes; FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción de la presente en el registro personal; FUNDADA la pretensión de régimen de visitas, en tal sentido AUTORIZA al demandante que visite a sus menores hijos los días sábados de cada semana entre las ocho y diecisiete horas, siempre que no perjudique sus estudios ni altere su normal desenvolvimiento; FUNDADA EN PARTE la reconvención sobre indemnización de daño moral, en consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles), los que se harán efectivos en ejecución de sentencia; sin costas ni costos.

Se ha establecido en esta sentencia que las partes se encuentran separadas de hecho por más de cuatro años ininterrumpidos, pues así lo han afirmado el demandante y la demandada en sus escritos de demanda y contestación respectivamente, y se corrobora con la copia de la sentencia del 18 de agosto de 1997 recaída en el proceso N° 84-97, obrante a fojas 04 y 05 del Expediente acompañado N° 177-1997, en el que se consigna que en esa fecha las partes ya no viven juntas; a ello se suman las declaraciones testimoniales de Reymundo Ortiz Sacaca y Juana Yucra de Condori brindadas en la Audiencia de Pruebas cuya acta obra a fojas 146 y siguientes, quienes dan fe de la separación de los contrayentes por un periodo superior a cuatro años.

Asimismo, se ha acreditado que la demandada inició un proceso de alimentos en el que se ha dispuesto que el demandante acuda con una pensión alimenticia a la demandada, en la que se encuentra al día, así aparece del Expediente N° 177-1997 sobre prorrateo de alimentos seguido por Catalina Ortiz de Huaquipaco contra Julia Hancco de Huaquipaco, el mismo que ha concluido con homologación de conciliación asignándole el 10% del haber mensual del ingreso que percibe el demandado *[debe decir 50%],* tal como consta de fojas 52 a 54 del citado expediente, descuento que sigue vigente como fluye de la copia legalizada de la boleta de pago de fojas 186.

También se dispone en la sentencia que debe terminarse con el régimen de sociedad de gananciales, al constituir consecuencia jurídica accesoria legal del divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 318 inciso 3 del Código Civil, teniéndose presente que el demandante y la demandada han manifestado que no tienen patrimonio ni derechos en común; y en cuanto a la pretensión accesoria sobre régimen de visitas, al estar vigentes los descuentos judiciales por concepto de pensión alimenticia a favor de sus menores hijos, y al no haberse acreditado que exista resolución judicial que restrinja de forma alguna la patria potestad respecto de ellos, subsiste dicho derecho inherente a la calidad de padre, por lo que corresponde que por lo menos pueda visitarlos una vez por semana; en consecuencia, a fin de no contrastar con los estudios de los menores, debe accederse a la visita los días sábados entre las ocho y las diecisiete horas.

Con respecto a la reconvención por daños y perjuicios, la sentencia señala que debe prosperar en parte y sólo en cuanto al daño moral, porque de los actuados se advierte que como consecuencia de la separación de hecho entre los cónyuges ha sido Catalina Ortiz Velazco quien ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el vínculo matrimonial y mantener una familia, extremos que se infieren por constituir consecuencias naturales del decaimiento del matrimonio, cuya probanza objetiva tiene limitaciones que son apreciados por el magistrado, los que nacen también de la conducta asumida por René Huaquipaco Hanco.

Se ha establecido que el demandante: **a)** recibió asistencia económica por parte de su cónyuge a fin de labrarse un futuro mejor, así fluye de las instrumentales manuscritas de fojas 54 a 72 *[debe decir 59 a 72]*[1], las que no han sido cuestionadas por el demandante; **b)** promovió actos de violencia física en agravio de la demandada, conforme fluye de las instrumentales de fojas 73 a 81 y 84 a 90[2], las que tampoco han

1 De fojas 59 a 61: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 11 de octubre de 1983, 14 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1989. A fojas 62: Carta remitida por el demandante al padre de la demandada Raymundo Ortiz con fecha 21 de junio de 1983. De fojas 63 a 68: Cartas remitidas por el demandante a la demandada con fechas 16 de diciembre de 1980, 18 de enero, 08 y 21 de julio de 1981, 03 de mayo y 21 de junio de 1983. De fojas 69 a 72: Recibos de préstamos realizados por distintas personas a favor de la demandada, con fechas 12 de julio y 25 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 12 de junio de 1985.

2 A fojas 73: Citación Policial con motivo de la denuncia interpuesta por la demandada contra el demandante por Violencia Familiar (maltrato físico), su fecha 31 de marzo de 1997. A fojas 74: Acta de Conciliación ante el Fiscal Provincial Civil de San Román – Juliaca, su fecha 07 de octubre de 1996, respecto de la denuncia por Violencia Familiar (maltrato físico y psicólogico) interpuesta por la demandada. A fojas 75: Documento Privado de Transacción Extrajudicial de fecha 18 de octubre de 1995, relativo a las agresiones físicas sufridas por la demandada, de parte del demandante, el día 17 de octubre del mismo año. A fojas 76: Acta de Compromiso y Desistimiento del 27 de diciembre de 1995, sobre la denuncia por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la demandada y sus hijos. De fojas 77 a 79: Manifestaciones recogidas entre el 20 y el 22 de diciembre con motivo de la denuncia policial interpuesta por la demandada contra el demandante por maltratos físicos y psicológicos sufridos por la citada demandada y sus hijos. A fojas 80 y 81: Denuncia penal por faltas contra la persona presentada por la demandada en contra del demandante. A fojas 84: Constancia de Salud expedida el 14 de agosto de 1986, que da cuenta del politraumatismo sufrido por la demandada. A fojas 85: Certificado Médico Legal de fecha 06 de mayo del 2003, que da cuenta de las lesiones ocasionadas a la demandada

sido cuestionadas; **c)** rehuyó el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, dando pie a que judicialmente se le conmine a su cumplimiento, como aparece del expediente judicial N° 177-1997 que se adjunta al presente; y **d)** inició el proceso judicial de divorcio, comportamiento asumido de manera voluntaria y conciente por lo que resulta innegable que con la conducta adoptada por el demandante (nexo causal) se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida común entre marido y mujer. Por tanto, con la finalidad de determinar el monto indemnizatorio, por su propia naturaleza extrapersonal, se recurre a la discrecionalidad del magistrado, tomando en consideración el tiempo en que demandante y demandada se hallan separados, el tiempo que se desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos, y que subsiste la pensión alimenticia para la demandada.

## 5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

A fojas 322, Rene Huaquipaco Hanco interpone recurso de apelación respecto del extremo declara fundada en parte la reconvención sobre indemnización por daño moral alegando que fue la demandada quien promovió la separación, que ésta no apoyó sus estudios en forma exclusiva ya que también lo apoyaron sus padres y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial. Por su parte, a fojas 328, Catalina Ortiz Velazco interpone recurso de apelación alegando que la Sala Superior debió amparar en su totalidad la pretensión indemnizatoria, toda vez que ha cumplido con los deberes conyugales, ayudando decisivamente al sostenimiento de la familia, además que el demandante contrajo otro compromiso, abandonando el hogar bajo un clima de violencia al haber sustraído los bienes gananciales, dejándola sola al cuidado de los hijos.

Resolviendo estos recursos, la Sala Superior expide sentencia el 22 de setiembre del 2010 de fojas 426 por la que CONFIRMÓ la sentencia apelada en cuanto declaró fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, con lo demás que contiene; igualmente en el extremo que declaró fundada la reconvención sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles); REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas, Y REFORMÁNDOLA declararon sin objeto pronunciarse por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional; INTEGRÁNDOLA declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

En esta sentencia se estableció que la cónyuge perjudicada es la demandada Catalina Ortiz de Huaquipaco, pues ésta no motivó la separación de hecho, además se aprecia que cumplió con sus deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, posteriormente asumió la tenencia y educación de sus hijos conforme aparece de las constancias de fojas 53 a 58[3], no cuestionadas por el actor. A ello se agrega que los testigos

con objeto contundente. A fojas 86 a 90: Certificados Médicos de fechas 13 de diciembre de 1993, 12 de agosto, 17 de octubre y 20 de diciembre de 1995, que dan cuenta de las diferentes lesiones sufridas por la demandada en el rostro y tórax por acción de los golpes y puñetes que, según afirma, le fueron propinados por el demandante.

3 De fojas 53 a 55: Constancia de estudios escolares y pre-universitarios de tres de sus cuatro hijos. A fojas 56: Carnet pre-universitario. A fojas 57: Boleta de pago de matrícula en centro pre-universitario. A fojas 58: Constancia expedida por el Presidente de la Urbanización San Francisco del Distrito de Juliaca, que da cuenta del abandono sufrido por la

Reymundo Ortiz Sacaca, Juana Yucra de Condori y Adán Huaquipaco Ortiz reafirman la separación de los cónyuges por más de cuatro años, y agregaron los dos primeros testigos nombrados que la demandada es quien asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante, hecho que ha sido admitido en parte por éste al prestar su declaración, tal como consta en el acta de la Audiencia de Pruebas de fojas 146 a 156 . Estos hechos probados no sólo permiten evidenciar la calidad de cónyuge inocente y perjudicada de Catalina Ortiz de Huaquipaco sino que permiten al juzgador determinar una indemnización a favor de aquélla por el daño y perjuicio sufrido debido a la aflicción de los sentimientos y frustración del proyecto de vida matrimonial, tratándose de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

En tal virtud, estima la Sala Superior, que corresponde velar por la estabilidad económica de la cónyuge perjudicada, así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, máxime si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la cónyuge y sus hijos quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, según consta de los actuados del proceso de prorrateo de alimentos acompañado, por lo que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en el recurso de apelación del demandante.

A criterio del Colegiado Superior la indemnización fijada por el Juez en la sentencia apelada corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso; tanto más, si no fue posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio; siendo ello así, valorando las pruebas en conjunto y según su apreciación razonada, en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil debe confirmarse dicho extremo.

Sobre el régimen de visitas fijado por el Juez de la demanda, la Sala Superior sostiene que no hay necesidad de fijarlo porque los hijos de los cónyuges en controversia, a la fecha, son mayores de edad, así lo demuestran las partidas de nacimiento glosadas a fojas 3 y 4, en consecuencia carece de objeto establecer un régimen de visitas, siendo atendible dicho extremo de la apelación de la parte demandada y debe desestimarse respecto de la liquidación de bienes sociales a que hace referencia la apelante por no haberse acumulado dicha pretensión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 483 del Código Procesal Civil.

En cuanto a los efectos de la sentencia, estima que carece de objeto pronunciarse sobre la pensión de alimentos que pudiera corresponder a la cónyuge e hijos del demandante, por cuanto ésta se fijó en el proceso de prorrateo de alimentos, por consiguiente, igualmente carece de objeto pronunciarse sobre su subsistencia si ésta aún se encuentra vigente, más aún si no ha sido objeto de pretensión (demanda o reconvención) ni ha sido fijado como punto controvertido, quedando a salvo el derecho de las partes para hacerlo valer con arreglo a ley ante el Juez competente y en la vía correspondiente.

Respecto a las demás consecuencias legales accesorias de la institución de divorcio regulados por los artículos 24 y 353 del Código Civil, respecto de los cuales el Juez no se ha pronunciado en la parte decisoria, ésta debe integrarse con arreglo al artículo 370

demandada, y que ha sido ella quien se ha hecho cargo del cuidado de sus hijos.

del Código Procesal Civil, declarando el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

## 6. RECURSO DE CASACIÓN: EXTREMOS DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA IMPUGNADA.

René Huaquipaco Hanco, mediante escrito de fojas 439, interpone recurso de casación en contra la sentencia de vista de fojas 426, en la parte que declaró fundada la reconvención sobre indemnización interpuesta por la demandada Catalina Ortiz Velazco de Huaquipaco, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

## 7. CAUSAL DEL RECURSO Y SUS FUNDAMENTOS: PROCEDENCIA

EL recurso de casación del demandante se sustentó en los siguientes fundamentos: que se ha aplicado indebidamente el artículo 345-A del Código Civil –la aplicación indebida es una forma de infracción normativa- toda vez que la reconvención por daños y perjuicios se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, lo que no fue acreditado por la demandada, pero sí se probó que el matrimonio se llevó adelante por presión de los padres de aquélla, más aún si cumple legalmente con prodigar alimentos a la demandada y a sus hijos.

Agrega que la Sala Superior ha llegado a la convicción de que la inocente y perjudicada es la demandada cuando en realidad no se probó las causales determinantes de los daños y perjuicios del daño moral expuesto; no se demostró en ningún extremo que el suscrito hubiese contraído compromiso con otra mujer, como sería con una partida de nacimiento del hijo adulterino; existiendo frondosa jurisprudencia al respecto como la dictada por la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el Expediente N° 2003-00512. Igualmente hay contravención del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues las sentencias expedidas por el Juez y la Sala Superior son contradictoras, por cuanto el Juzgado no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, por lo que no existe una adecuada motivación de la sentencia conforme lo disponen los artículos 121 y 139 de la Constitución Política.

No obstante las deficiencias anotadas, la Sala Suprema estimó la procedencia excepcional del recurso de casación, a fin de velar por la adecuada aplicación del derecho objetivo, específicamente del artículo 345-A del Código Civil; por lo que invocando la facultad excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, de conformidad además con el artículo 391 del mismo Código, declararon procedente el recurso de casación interpuesto por René Huaquipaco Hanco, mediante resolución de fojas 34 del cuaderno de casación, del 16 de noviembre del 2010.

## II. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO Y ANTECEDENTES.

Por resolución del 17 de noviembre del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 03 de diciembre del 2010 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, convocó a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a sesión de Pleno Casatorio para llevar a cabo la vista de la causa del presente proceso, la misma que se realizó el 15 de diciembre del 2010 a horas diez de la mañana.

Entre los diversos expedientes elevados en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas especializadas que se avocan al conocimiento de temas de familia están resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente referido al tema indemnizatorio previsto en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, tal como se evidencia del análisis de las Casaciones Nros. 5106-2009 Lima[4], 1585-2010 Lima[5], 5512-2009 Puno[6], entre otras, en los que se evidencia que a nivel de los órganos jurisdiccionales inferiores no existe consenso respecto de la determinación del cónyuge perjudicado, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que la indemnización a que hubiere lugar sea solicitada expresamente por la parte afectada o sea determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

El presente caso trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado; por lo que resulta necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

## III. CONSIDERANDO:

### 1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

**1.-** Para una mejor justificación y comprensión de las facultades tuitivas del Juez de familia en los procesos que bajo su competencia le corresponde conocer, y dentro de ellos el proceso de divorcio así como de la flexibilización de ciertos

4 En este proceso, el Juez de la causa estableció que la conducta conflictiva entre ambos cónyuges evidenciaba la voluntad de poner fin al deber de hacer vida en común, argumento con el que se sustrajo de su deber de establecer la existencia del cónyuge perjudicado. No obstante, la Sala Superior estableció que en autos se encontraba acreditada la situación de grave desavenencia que existía entre los cónyuges y que la demandada ha desplegado diversas acciones contra su cónyuge demandante, no obstante lo cual no se ha probado que hubiera tenido por objeto causarle daño y perjudicar la imagen de éste de forma deliberada.

5 Revisadas las sentencias de mérito, se advierte que el Juez de la causa estableció que no era posible determinar la existencia de perjuicio alguno en razón a que existió una intención cierta y deliberada de ambos cónyuges de poner fin a su vida en común; mientras que para la Sala Superior el solo hecho del abandono sufrido por el actor de parte de su esposa lo convertía en el cónyuge más perjudicado, habiéndose frustrado de manera directa e injustificada el proyecto de vida que éste se había trazado.

6 En este proceso en particular, el Juez de primera instancia refirió que al no haberse acreditado cuál de los cónyuges resulta responsable de la separación, no se puede verificar la existencia del cónyuge perjudicado. Sin embargo, en segunda instancia, el Colegiado Superior estableció que al no haber la demandada incorporado al proceso la pretensión de cobro de indemnización, la misma no puede ser estimada en la sentencia.

principios procesales, es pertinente abordar muy brevemente el significado y alcances de la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

La doctrina7 considera como elementos esenciales del postulado del Estado de Derecho, los siguientes: a) la justicia y seguridad jurídica, b) la Constitución como norma suprema, c) la división de poderes, d) la protección de los derechos fundamentales, e) la vinculación de los poderes públicos al derecho (a la ley), f) la tutela judicial y vertiente procedimental de los derechos fundamentales; a los cuales se podría agregar el control jurisdiccional de los actos de la administración, el control constitucional de las leyes, entre otros8.

Como se ha anotado, la doctrina considera que un elemento esencial del Estado de Derecho es la tutela judicial de los derechos fundamentales; propiamente diríamos que dicho elemento está configurado por la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos y libertades, y dentro de ellos especialmente de los derechos fundamentales.

2.- Una tutela jurisdiccional efectiva requiere, entre otras cosas, un proceso con un "mínimo de garantías" que hagan posible un juzgamiento justo e imparcial; esta necesidad nos lleva a buscar y postular un modelo procesal que responda a estas exigencias, pues sería vano reconocer derechos en la Constitución cuando ellos no pueden hacerse efectivos en un proceso jurisdiccional; de allí que las garantías dentro un marco del Estado de Derecho "(...) se revela en la aceptación del postulado según el cual los procedimientos deben ser puestos al servicio de los contenidos, desde el momento en que aquéllos son nada más que medios instrumentales al servicio de ciertas finalidades"9.

3.- Nuestra Carta Fundamental (artículo 43) acoge la fórmula política compleja, integrada por dos fórmulas simples: Estado democrático de Derecho y Estado social de Derecho10.

El Estado democrático de Derecho, luego de una sucesión de fases evolutivas, esencialmente comporta el Estado de Derecho y su legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado, es decir, como afirma Javier Pérez Arroyo "...el de la reconducción de la voluntad de Estado única y exclusivamente a la voluntad de la sociedad (...). Sin hacer realidad el principio de que todo el poder procede del pueblo no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho". Y luego agrega el mismo autor que "Estado de Derecho y Estado

7 Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de Derecho Constitucional, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 493 y ss.

8 Jorge Reinaldo Vanossi enumera como elementos del Estado de Derecho, los siguientes: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso de poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales. En: El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires – Eudeba, 2000, pp. 44-45.

9 Vanossi, Jorge Reinaldo. Ob. Cit., p. 50.

10 Constitución, artículo 43.- Tipo de Estado y Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.
El Estado es uno e indivisible.
Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

democrático de Derecho se convierten, pues, a partir de este momento en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático, es, por definición, un Estado que no es de Derecho..."[11].

En cuanto a la segunda fórmula de Estado social de Derecho comienza a gestarse desde fines del siglo XIX, cuando aparece en el escenario social una nueva clase integrada por los trabajadores obreros y la extensión progresiva del sufragio. Entonces va apareciendo un Estado proveedor de servicios sociales, de bienestar social. Pérez Arroyo sostiene también que: "Ésta es la evolución que pretende traducir la fórmula Estado social de Derecho. El Estado sigue siendo un Estado de Derecho, esto es, un Estado garantista del individuo frente al poder y en el intercambio con los demás ciudadanos, pero es también un Estado social, esto es, un Estado comprometido con la promoción del bienestar de la sociedad y de manera muy especial con la de aquellos sectores más desfavorecidos de la misma. El Estado social es, pues una consecuencia del proceso de democratización del Estado. Como consecuencia de ello, el Estado democrático tiene que convertirse inevitablemente en Estado social, en la medida en que tiene que atender y dar respuesta a las demandas de 'todos' los sectores de la sociedad y no exclusivamente a una parte de la misma"12.

4.- Hay un sector importante de la doctrina que sostiene que el Estado social de Derecho en el fondo significa: el Estado constitucional13 comprometido con la justicia social; el atributo social comporta un mayor recurso directo a los elementos de la justicia, la igualdad material, la compensación social, la ayuda para los débiles y su protección. La cláusula del Estado social fue una vía para la integración de la clase trabajadora en el estado constitucional y el sistema parlamentario14.

Häberle precisa además que "Dicho óptimo (o mínimo) de regulación de la justicia social corresponde hoy al estándar del tipo de 'Estado Constitucional', por ejemplo, mediante derechos justiciables a un mínimo económico existencial, a la protección de la salud, a la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas"15.

Como puede apreciarse, una de la notas características del Estado social de Derecho es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, brindando particularmente una especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, en consecuencia, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional

11 Curso de Derecho Constitucional, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 200 y 201.
12 Ob. Cit., p. 202.
13 La supremacía del derecho y la vigencia de los derechos fundamentales vienen a constituir los pilares principales del Estado Constitucional de Derecho, el que se considera como la cabal realización del Estado de Derecho. En consecuencia, es un sistema en donde la Constitución democrática y las leyes (conformes a la Constitución) establecen límites al ejercicio del poder con la finalidad de garantizar la protección y efectividad de las libertades y los derechos fundamentales.
14 Häberle, Peter. El Estado Constitucional, México, Traducción de Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 225.
15 Ob.Cit. p. 226.

(especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección.

5.- La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar una especial protección a los niños, adolescentes, a los ancianos y madres en situación de abandono. También se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio16.

Si revisamos la normatividad relacionada con los temas de familia, tanto en el Código de los Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código Procesal Civil, podemos llegar a la conclusión de que las normas jurídicas referidas a los derechos, deberes y obligaciones derivados de las relaciones familiares están inspirados en la cláusula compleja del Estado democrático y social de Derecho, acogiéndose el principio de igualdad material antes que el de igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del Juez en los procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a los niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros.

6.- La denominación de Estado "democrático y social" de Derecho sólo pretende resaltar la participación del pueblo en la administración del Estado. No es que se trate de una clase distinta a la del simple Estado de Derecho, sino que pretende resaltar algunas de sus funciones y características, particularmente vinculados con la población y su bienestar, abarcando aspectos sociales, políticos, económicos y jurídicos. Con relación al aspecto jurídico, en particular, "(...) se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho"17. Tales condiciones materiales se dan no sólo a través de la promulgación de leyes de menor rango que permitan promover y configurar los derechos fundamentales, sino también a través de la implementación de mecanismos procesales que permitan su ejercicio y efectividad.

Como ha señalado Augusto César Belluscio: "La naturaleza de los derechos en juego en las acciones de estado de familia, y en especial la circunstancia de que el interés general esté vinculado con su resultado, hacen que los procesos en que ellas se deducen queden sujetos a características especiales que, en alguna medida, los diferencian de las demás, aún cuando dichas características no sean propias exclusivamente de ellos, sino que puedan ser compartidas por otros"[18]; en tal sentido, si bien las relaciones derivadas del vínculo conyugal o del parentesco son tratadas como relaciones privadas, éstas, en su mayoría, están determinadas o dominadas por normas de orden público, precisamente

16 Constitución, artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

17 Gonzáles Ojeda, Magdiel. El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. En: Derecho y Sociedad N° 23, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; **http://blog.pucp.edu.pe/item/24656/el-estado-social-y-democrático-de-derecho-y-el-estado-peruano.**

18 Belluscio, Augusto César. Manual de Derecho de Familia, Tomo I, sétima edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2004, p. 79.

para impedir la desnaturalización de los fines familiares[19]. Esto no impide, por supuesto, que ante un conflicto familiar sus integrantes puedan acordar soluciones razonables y convenientes para efectos de satisfacer los derechos y deberes exigidos recíprocamente.

Al igual que este autor, Mirta Mangione Muro20 resalta el hecho de que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público y hacen que conlleven características especiales, tales como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil21, el reconocimiento de litisconsorcio pasivo22, la intervención del Ministerio Público, entre otros.

7.- En cuanto a la limitación del principio dispositivo debe señalarse que por el mismo se entiende al principio de iniciativa e impulso de parte, esto es, a aquel que deja librado a las partes la disponibilidad del proceso, de tal manera que corresponde sólo a ellas iniciar el proceso, formular sus peticiones, desistirse de ellas y ofrecer pruebas que sustenten los hechos que configuran su pretensión. "En materia civil este principio es muy amplio, se apoya sobre la suposición de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida el interés privado, los órganos del poder público no pueden ir más allá de lo que desean los particulares, pero en los procesos de estado prevalecen los poderes del Juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o se suprimen"23.

Intervención del Ministerio Público: Interviene en estos procesos en defensa del interés social y de la familia como célula básica de la sociedad, además de ejercer la defensa de los menores, sea como parte del proceso (invalidez de matrimonio, divorcio, etc.) o como dictaminador (cuando estén involucrados menores), conforme a los supuestos establecidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público aprobado por Decreto Legislativo 052.

## 2. EL PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.

**8.-** Nuestro sistema procesal civil reconoce este principio, desde luego en el marco del Estado democrático y social de Derecho. Previene que el Juez debe evitar

19 Respecto del presunto conflicto entre la autonomía privada y el orden público, Bossert y Zannoni han señalado que: "El orden público en el derecho privado tiene por función primordial limitar la autonomía privada y la posibilidad de que las personas dicten sus propias normas en las relaciones jurídicas (...). En el derecho de familia, el orden público domina –como dijimos– numerosas disposiciones (...). Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden". En: Manual de Derecho de Familia, Quinta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 11.

20 Mangione Muro, Mirta Hebe. Derecho de Familia: Familia y Proceso de Estado, Santa Fe, Argentina, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, p. 70. Por su parte, Belluscio entiende que la limitación del principio dispositivo opera propiamente a nivel de disposición del derecho material por las partes. (Cfr.: Belluscio, Augusto César. Ibidem).

21 Respecto a la naturaleza jurídica del derecho de familia, Max Arias-Schreiber Pezet ha señalado: "Otro tema debatido es si este Derecho debe estar confinado en un Código Civil o en un código especial. Fuera de que su importancia es puramente académica, nosotros nos inclinamos por mantenerlo dentro del derecho civil, dada la íntima relación que tiene con la persona humana". En: Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo VII, derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1997, p. 29.

22 Cfr.: Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 84.

23 Mangione Muro, Mirta Hebe. Ibidem.

que las desigualdades de cualquier índole afecten el desarrollo o resultado del proceso[24].

**9.-** Los principios procesales, siendo parte de los principios generales del derecho, son los fundamentos que sustentan un sistema procesal. Para nuestro sistema, el proceso civil tiene una orientación publicista, pues no solamente interesa a las partes la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses sino también, y al mismo tiempo, interesa a la sociedad tanto el desarrollo del proceso como su resultado. En razón de esta orientación publicista es congruente concebir el proceso con dos fines: a) resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos materiales, y b) lograr la paz social en justicia.

Por ello se explica que el Juez en nuestro sistema procesal es el director y conductor del proceso, desde el inicio del proceso hasta su finalización, por consiguiente, el legislador le confiere un haz no solamente de deberes y derechos sino también de amplias facultades para el cumplimiento de su noble y delicada función pública: emitir una decisión objetiva y materialmente justa, que haga posible los fines del proceso así como los fines y valores consagrados por la Constitución y las leyes.

10.- Como se ha visto, nuestra Constitución no adopta la fórmula del Estado liberal de Derecho sino la del Estado democrático y social de Derecho, en donde debe haber un serio y mayor compromiso con la justicia social, esto es un mayor énfasis e importancia a los elementos de la justicia, a la igualdad material, la compensación social, la protección de los más débiles, entre otros.

En este orden ideas, cuando se postula el principio de socialización del proceso, se está promoviendo la igualdad material25 dentro del proceso, en contraposición de la igualdad formal, y la aplicación de aquél principio opera como instrumento para lograr una decisión objetiva y materialmente justa.

En los procesos de familia, en donde muchas veces una de las partes es notoriamente débil, la aplicación del principio de socialización del proceso resulta de vital trascendencia para evitar que las desigualdades puedan afectar el proceso, sea en su curso o en la decisión final misma.

## 3. LA FUNCIÓN TUITIVA DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

**11.-** El derecho procesal de familia se concibe como aquél destinado a solucionar con prontitud los conflictos que surjan dentro de la esfera de las relaciones

24 Código Procesal Civil, artículo VI del Título Preliminar.- Principio de socialización del proceso.
El Juez debe evitar que las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

25 El principio-derecho de igualdad material impone que se trate por igual a los que son iguales, y se dé un tratamiento distinto a los que son diferentes, siempre que estas diferenciaciones obedezcan a razones objetivas y razonables, caso contrario se incurrirá en un trato discriminatorio, con vulneración al derecho de igualdad ante la ley. Por otra parte, la misma Carta Política prohíbe que por ley se establezcan diferencias por razón de las personas, pero admite tales diferencias en atención a la naturaleza de las cosas (artículo 103).

familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ya sea que se trate de hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc., de allí que se diferencie del proceso civil en razón a la naturaleza de los conflictos a tratar, y que imponen al Juez una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *última ratio*.

**12.-** La doctrina procesal contemporánea ya ha destacado la gran importancia que tiene la estrecha relación entre el proceso y el derecho material, por esta razón se postula el carácter instrumental del derecho procesal respecto del derecho material. En este contexto es ineludible concluir que el derecho material influye y muchas veces condiciona al legislador para establecer determinada estructura a cada tipo de proceso; así mismo, la naturaleza de la situación material y del conflicto de intereses que nace de éste, influye de diversa manera en el comportamiento de los sujetos procesales, particularmente en el Juez, pues, con su demanda el actor introduce al proceso una cadena de hechos que configuran una situación o relación jurídica material, que va servir de base para la actividad probatoria y será objeto de pronunciamiento en la sentencia26.

En consecuencia, la naturaleza del derecho material de familia, en sus diversas áreas y en distintos grados, condiciona al legislador y al Juez para regular y desarrollar procesos que correspondan a aquella naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal. Se comprende por ello que, por un lado, el proceso tenga una estructura con componentes flexibles y, por otro lado, el Juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos.

"Las finalidades fundamentales tuitivas que se asignan a la familia trascienden los intereses estrictamente individuales, de modo que su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio individual. Consecuencia de ello es que, así como los poderes jurídicos que se atribuyen a la persona en el campo patrimonial son de ejercicio libre –y por ello son estrictamente derechos subjetivos-, los poderes derivados de las relaciones jurídico-familiares son instrumentales y se atribuyen al titular para que mediante su ejercicio puedan ser cumplidos los fines previstos por el ordenamiento jurídico"[27].

## 4. FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA, PRECLUSIÓN Y EVENTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

**13.-** Por el principio de congruencia el Juez debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de ésta)[28], pues cualquier desvío en esta base

26 Cfr. Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional, traducción Juan José Monroy Palacios, Lima – Perú, Librería Communitas E.I.R.L. 2008, p. 163.

27 Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, derecho de familia y sucesiones, sétima edición, segunda reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2001, p. 43.

28 Cfr.: Gozaíni, Osvaldo A. Elementos de Derecho Procesal Civil, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385.

del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen este principio de congruencia.

Conforme señala Davis Echandía29, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas. Osvaldo A. Gozaíni señala que la conformidad entre las pretensiones y lo que se decida en el proceso debe darse en un triple orden: de sujetos, de objeto y de causa petendi30.

El principio de preclusión procesal impone orden en el debate y posibilita el progreso del proceso para alcanzar sus fines, consolidando las etapas cumplidas y prohibiendo el retroceso en el iter proccesus31. Por su lado, el principio de eventualidad (denominado también principio de ataque y defensa global) impone la necesidad de aprovechar cada ocasión procesal íntegramente, empleando en su acumulación eventual todos los medios de ataque y defensa de que se disponga para que surtan sus efectos ad eventum, es decir para estar prevenido por si uno o varios de ellos no los producen32.

14.- Estos principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal reclaman que el Juez se pronuncie solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios respectivos. Igualmente, estos principios imponen a las partes que todas sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses, se formulen también en la etapa postulatoria, ya sea en forma alternativa, subordinada o accesoria. Pero como veremos estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y, particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización.

15.- Cabe preguntarnos si puede considerarse infracción al principio de congruencia cuando un Juez de familia decide sobre pedidos o petitorios implícitos. Para ello debemos partir de considerar el tipo de problemas que se aborda en un proceso de familia, siendo muchos de ellos conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad. En tal sentido, no resulta lógico que, al encontrarnos frente a un proceso tuitivo, no pueda permitirse la flexibilización del principio de congruencia al interior del proceso para efectos de revisar y dar solución al conflicto en sí mismo, independientemente de la forma o términos en los que se hubiera planteado la demanda[33].

29 Citado por: Borthwick, Adolfo E. Principios Procesales, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.
30 Gozaíni, Osvaldo A. Ibidem, p. 387.
31 Cfr. Morello Augusto, citado por: Peyrano, Jorge W. El Proceso Civil, Principios y Fundamentos, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 268.
32 Morello y otros citado por Peyrano Jorge W. Ob. Cit., p. 273.
33 Al respecto se ha sostenido que: "El análisis del principio iura novit curia al interior de los juzgados y demás instancias

**16.-** Como lo analizaremos oportunamente, si en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el Juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. Por lo demás el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia.

"La Corte Suprema en destacable actitud de comprensión se ha movido con plasticidad, sin dejarse atrapar por ninguna explicación teórica cerrada o absoluta (...); afirma que el órgano no está embretado por lo que peticionan las partes, ni por la literal hermenéutica de los preceptos legales. No está encerrado por el dibujo, voluntad y límites de ellas, pues es el juez (director del proceso, bajo control de los abogados en contienda) el que habrá de suministrar –con suficiente y adecuado sustento en las consideraciones de hecho, evaluación profunda de la prueba y valoración y del derecho aplicable– prolija y razonada motivación (...)"34.

17.- En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos.

No está demás anotar que en el contexto de un Estado democrático y social de Derecho también se explican y justifican otras flexibilizaciones del principio de congruencia procesal, que resultan pertinentes referirlas, como: a) en el nuevo proceso laboral, regulado por la Ley 29497, se admite la posibilidad de que el juez en la sentencia (artículo 31) disponga el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables, y también se dispone que el pago de intereses legales no requieren ser demandados, b) en el proceso contencioso administrativo, regulado por el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, se faculta al Juez a decidir sobre el restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aún cuando no haya sido objeto de pretensión expresa en la demanda.

judiciales en el ámbito tutelar familiar, implica no sólo un análisis procesal de los planteamientos de la demanda, sino también la posibilidad de revisar el conflicto en sí mismo". En: Bermúdez Tapia, Manuel. Elementos a tener presente en los procesos de divorcio por causal, JUS Jurisprudencia, N° 08, Lima, Agosto, 2008, p. 40.

34 Morello, Augusto M. La prueba, tendencias modernas, segunda edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98-99.

## 5. FLEXIBILIZACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN MATERIA DE FAMILIA.

**18.-** Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio, conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 in fine del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes35.

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, "siempre y cuando éstas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda (...). Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (art. 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal"36.

En consecuencia, el Juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

**19.-** También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo 1070, dispone que: a) si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

35 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex F. Manual de Derecho de Familia, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001, pp. 41-42.

36 Hinostroza Minguez, Alberto. Sujetos del Proceso Civil, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2004, pp. 352-353.

## 6. EL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL.

**20.-** Nuestro Código Civil, con la modificatoria introducida por la Ley 27495, reconoce un sistema de disolución del vínculo matrimonial mixto y complejo, al regular tanto causales inculpatorias como causales no inculpatorias, configurando el divorcio sanción y el divorcio remedio.

### 6.1. Clases de divorcio.

21.- La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio "absoluto" del divorcio "relativo", según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

#### 6.1.1. Divorcio sanción.

**22.-** Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

"La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica negativamente y de grave. (...) Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables"37.

También respecto de esta causal, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón han señalado que: "De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. (...) En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares"[38].

37 Quispe Salsavilca, David. El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Breviarios de Derecho Civil N° 2; Lima, Editorial Cultural Cuzco S.A.C., 2002, pp.73-75.

38 Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., pp. 115-116.

**6.1.2. Divorcio remedio.**

**23.-** Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó[39].

Con alguna razón se sostiene que "[e]l simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio"[40]; de allí que se ha dado a denominarla como la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio[41]. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar[42] al divorcio remedio en:

A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (*numerus clausus*), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (*numerus apertus)*.

**24.-** A diferencia del divorcio-sanción, el divorcio-remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria

39 Respecto del divorcio remedio, la Casación N° 38-2007 Lima, publicada el 02 de setiembre del 2008, ha establecido que cualquiera de los cónyuges puede accionar en busca de solucionar una situación conflictiva; en estos casos "(...) se busca no un culpable, sino enfrentar una situación en que se incumplen los deberes conyugales".

40 Sánchez Hernández, Ángel. La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En: Anales de Derecho, Universidad de Murcia, N° 23, 2005, pp. 136.

41 Cfr.: Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Ob. Cit., p. 116. Señalan estos autores: "Cuando se ha producido el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio y éste no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración".

42 Respecto de esta sub clasificación, Diez Picazo y Gullón han referido: "Si se adopta esta premisa [divorcio-remedio] pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desenvolviendo a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse". (Ob. Cit., p. 116). Entre corchetes es nuestro.

alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio-sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio-remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como *divorcio consensuado*), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio *contencioso*), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio[43].

**25.-** La distinción entre el divorcio como *sanción* al cónyuge culpable, o como *remedio* a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Así lo entienden Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni cuando señalan acertadamente que: "Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges (...). La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos. (...) En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges"[44].

43 Para Augusto César Belluscio resulta evidente la tendencia de los países de dar mayor cabida al llamado divorcio-remedio, inclusive de suprimir toda posibilidad de indagación de culpas. Al respecto ha señalado: "En los últimos años, en Europa occidental y en Estados Unidos de América se ha manifestado una fuerte tendencia a llevar hasta sus últimas consecuencias el criterio del divorcio-remedio, admitiéndolo sobre la base de la irremediable desunión entre los esposos. Aun cuando en unos se mantenga también la posibilidad de que uno de los esposos lo obtenga sobre la base de la inconducta de otro, en otros –a partir de las nuevas legislaciones de Alemania, Suecia y de algunos Estados norteamericanos– se ha suprimido inclusive toda posibilidad de indagación de culpas". (Ob. Cit., p. 426).

44 Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Manual de Derecho de Familia, pp. 330-332. Véase también: Mallqui Reynoso, Max y Eloy Momethiano Zumaeta. Derecho de Familia, editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 520-523.

**6.2. Causales de divorcio.**

26.- Nuestro Código Civil, tras la modificatoria introducida por Ley 27495, ha consensuado la vigencia de dos sistemas dentro de la institución de divorcio: uno subjetivo o de culpa del cónyuge, y otro objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial45. Así tenemos que nuestro ordenamiento regula un sistema como causales de divorcio aquellas contempladas igualmente para la separación de cuerpos46, estableciendo en su artículo 333 las causales de separación de cuerpos47.

27.- Las causales detalladas en los incisos 1 a 11 se circunscriben a la clasificación del divorcio-sanción, en la medida que importan actos imputables a título de dolo o culpa a uno de los cónyuges que violentan los deberes que impone el matrimonio48. Por supuesto, la verificación de estas causales está sujeta a probanza de las partes y a la valoración razonada del juzgador.

Zannoni repara como caracteres comunes a todas esas causales, el hecho de que constituyen "conductas antijurídicas" que contradicen la observancia de los derechos-deberes que el matrimonio impone a los consortes, más aún tratándose del supuesto de atentado contra la vida del cónyuge, que propiamente constituye un ilícito penal. Señala al respecto: "La antijuridicidad objetiva de las causales de separación debe corresponderse con su imputabilidad al cónyuge que incurre en ellas. Se trata del factor de atribución objetivo que determina la culpabilidad (...). En general se trata de culpabilidad derivada de conductas dolosas, es decir, de acciones intencionalmente dirigidas a transgredir algunos de los denominados derechos-deberes que el matrimonio impone. Excepcionalmente podrían constituir actos meramente culposos, particularmente en el caso de las injurias inferidas por un cónyuge

45 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las Causales de Divorcio y Separación de Cuerpos en la Jurisprudencia Civil, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 15-19.

46 Artículo 349.- Causales de divorcio. Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos del 1 al 12.

47 Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:
1. El adulterio.
2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
3. El atentado contra la vida del cónyuge.
4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.
5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el artículo 347.
8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335.
13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.

48 Para Bossert y Zannoni, las causales de divorcio específicamente enunciadas en una norma material no son sino "diversos actos que representan injurias de un cónyuge al otro, en tanto lo afectan violando, en algunos de sus aspectos, el vasto contenido de los deberes morales y materiales que impone el matrimonio". (Cfr.: Bossert, Gustavo A. y Eduardo Zannoni. Ob. Cit., p. 335); sin embargo, para Belluscio tal afirmación no es correcta, pues estima que: "la calificación de injurias graves queda reservada para los hechos violatorios de los deberes matrimoniales que no se encuadren en alguna de las demás causales previstas". (Belluscio, Augusto César. Ob. Cit., p. 439).

a otro, las que, aunque carecieran de animus iniuriandi, pueden importar de todos modos ofensas o humillaciones cuya entidad debía ser advertida por el cónyuge ofensor"[49].

**28.-** Por su parte, las causales referidas en los incisos 12 y 13 se engloban dentro de la clasificación del divorcio-remedio, desde que existe objetivamente la separación de los cónyuges sin voluntad alguna de reconciliación, evidenciándose así el fracaso de la unión matrimonial. Ninguno de estos supuestos requiere la acreditación de los hechos o causas que derivaron en la separación de los cónyuges, limitándose el Juez a constatar el hecho objetivo del cese definitivo de la cohabitación por el periodo que establece la ley.

Como vemos, nuestro sistema jurídico se adscribe a un modelo mixto en el que acoge tanto causales de divorcio-sanción como de divorcio-remedio, adaptándose así al curso de las doctrinas modernas.

## 7. EL DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO.

29.- Es pertinente referir los antecedentes y evolución del divorcio por la causal que nos ocupa y particularmente sobre la forma cómo se incorpora en nuestro sistema jurídico.

### 7.1. Evolución en nuestro sistema jurídico.

En general, el divorcio como institución jurídica ha sido contemplado en nuestro ordenamiento jurídico desde los albores de nuestra vida Republicana. Ya en el artículo 192 del Código Civil de 1852 se regulaba una serie de causales que daban lugar a la declaración del divorcio sin disolución del vínculo matrimonial, el cual quedaba subsistente, evidenciándose con ello la clara influencia del Derecho Canónico en nuestra legislación.

No fue sino hasta 1930, con la promulgación de los Decretos Leyes 6889 y 6890 que se introdujo el divorcio absoluto en nuestro ordenamiento y se aprobó su reglamento. Asimismo, en 1934 se promulgó la Ley 7894 por la cual se incorporó el mutuo disenso como causal de divorcio. Estas reformas fueron mantenidas con la promulgación del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984 no hubieron mayores modificaciones para el régimen del divorcio, manteniéndose como causales: el adulterio, la violencia física o psicológica, el atentado contra la vida del cónyuge, la injuria grave, el abandono injustificado de la casa conyugal (antes llamado *malicioso*), la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, el uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, enfermedad venérea grave, homosexualidad sobreviniente y condena por delito doloso a pena privativa de la libertad impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

49 Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil – derecho de familia, Tomo 2, cuarta edición actualizada y ampliada, primera reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 76.

**7.2. Incorporación de la causal de separación de hecho en nuestro sistema civil.**

La causal de divorcio (y de separación de cuerpos) por separación de hecho es incorporada a nuestro sistema civil a través de la Ley 27495, publicada el 07 de julio del 2001, luego de haberse trabajado varios anteproyectos de ley y de los debates correspondientes. Veamos:

**7.2.1. Proyecto de Ley.**

Fueron diversos los Proyectos de Ley presentados en el Congreso de la República tendientes a incorporar la causal de separación de hecho dentro del listado de causales de divorcio. La más antigua fue presentada en el año 1985 como Proyecto de Ley N° 253/85 del 29 de octubre de 198550.

Pero es recién a partir del año 1996 en que las propuestas legislativas se acrecientan, destacando entre ellas el Proyecto de Ley N° 1716/96-CR (reactualizado mediante Proyecto de Ley N° 4662/98-CR51), por el cual se especificaba la causal de separación de hecho, cuya duración hubiera sido no menor de dos años continuos. En esa misma perspectiva, el Proyecto de Ley N° 2552/96-CR ampliaba la propuesta, regulando que la causal pueda ser invocada luego de haber transcurrido cuatro años continuos de separación.

Más restrictivo fue el Proyecto de Ley N° 1729/96-CR, que sólo autorizaba invocar la causal de separación de hecho en caso que no existieran menores de 14 años. Incluso más radical fue el Proyecto de Ley N° 3155/97-CR que autorizaba invocar la citada causal sólo si no se hubieran procreado hijos y la suspensión de la cohabitación hubiera durado más de cinco años.

Para el año 2000 se presentaron siete Proyectos de Ley tendientes a la incorporación de la separación de hecho como causal de divorcio. Nos referimos a los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, los cuales a través de diversas fórmulas legislativas propendían a sancionar el incumplimiento del deber de cohabitación por un periodo prolongado de tiempo, que podía abarcar de uno a cinco años, dependiendo de la propuesta alcanzada.

**7.2.2. Memoria de la Comisión de Justicia, periodo 2000-2001.**

La Comisión de Justicia del Congreso de la República, acogiendo los Proyectos de Ley Nros. 154/2000-CR, 171/2000-CR, 278/2000-CR, 555/2000-CR, 565/2000-CR, 655/2000-CR y 795/2000-CR, emitió un Dictamen final con fecha 28 de diciembre del 2000, elevando al Pleno del Congreso para su aprobación el Texto Sustitutorio de los Proyectos de Ley presentados.

El Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia fue sometido a debate en dos días consecutivos, 06 y 07 de junio del 2001. En este debate fueron también sometidos a consideración los Textos propuestos en los Dictámenes

50 Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 41.
51 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex P. Manual de Derecho de Familia, Ob. Cit., p. 211.

alcanzados por la Comisión de Reforma de Códigos y por la Comisión de la Mujer, en torno al mismo tema. El primer día de debate concluyó aprobándose conceder un intermedio para elaborar un Texto Sustitutorio unitario de los tres Dictámenes sometidos a debate. Sin embargo, al retomarse al día siguiente el debate, sólo las Comisiones de Reforma de Códigos y de la Mujer lograron consensuar sus posiciones en un texto único, manteniéndose el texto independiente presentado por la Comisión de Justicia, aunque introduciéndose las modificaciones pertinentes producto del debate realizado el día anterior, el cual fue sometido a votación por los Congresistas asistentes al Pleno, y aprobado por 53 votos a favor, 23 votos en contra y 2 abstenciones.

### 7.2.3. Publicación y vigencia de la Ley 27495.

**30.-** La Autógrafa del Texto Sustitutorio de la Comisión de Justicia aprobado por el Pleno del Congreso de la República fue remitido al Presidente Constitucional de la República Valentín Paniagua Corazao, quien no cumplió con promulgarla dentro del plazo constitucional, por lo que en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, el Presidente del Congreso ordenó que se comunique a la Presidencia del Consejo de Ministros para su publicación y cumplimiento, siendo numerada como Ley 27495 y publicada en el diario oficial El Peruano el 07 de julio del 2001.

31.- La Ley en comento introdujo expresamente la causal de separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de subsecuente divorcio, precisando como requisitos para su configuración la separación ininterrumpida de los cónyuges por un periodo de dos años si no hubieran hijos menores de edad, y de cuatro años si los hubiera, pudiendo cualquiera de las partes fundar su demanda en hecho propio, sin que se considerase separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales. Si hubiera hijos menores de edad, el Juez debe pronunciarse sobre la tenencia de éstos, favoreciendo la patria potestad a quien lo obtuviere, quedando el otro suspendido en su ejercicio.

Asimismo, se incorporó un artículo específico en el Código Civil (artículo 345-A) con el fin de regular el requisito especial de procedencia en las demandas de divorcio por la causal de separación de hecho, como aquel que exige al demandante que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

De igual forma, en el mismo artículo se previó la posibilidad de fijar una indemnización o reparación económica a favor del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, pudiendo incluso optarse por la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder, siendo aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352 del Código Civil, siempre que resulten pertinentes.

32.- Mención aparte merecen las Disposiciones Complementarias y Transitorias, en las que se regulan principalmente la aplicación de la ley en el tiempo52. El legislador estimó que la causal podría ser invocada aplicándose inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de entrada en vigencia de la ley; por tanto, si las partes a la fecha de la entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal. Incluso las demandas de divorcio en trámite sustentadas en las causales de divorcio sanción podían modificarse para ser comprendidas dentro de esta nueva causal de divorcio remedio.

Este supuesto configura lo que la doctrina a denominado una excepción al principio de irretroactividad de la ley, la misma que se presenta en los siguientes casos: 1) cuando la ley así lo disponga; 2) cuando se trate de normas de derecho público, como el Código Penal; 3) en el caso de normas meramente interpretativas de una disposición anterior; 4) en los supuestos de disposiciones de carácter complementario; o, 5) cuando se trate de normas que contengan la abolición de determinada figura jurídica.

Con buen criterio Juan Espinoza Espinoza señala que cuando se trata de la aplicación de la Ley 27495, los juzgadores deben ir más allá de la comodidad de aplicar el mandato constitucional de irretroactividad de la ley, y por el contrario deben dar respuestas para efectos de superar situaciones injustas e ineficientes a nivel social. Considerar que los problemas sociales pueden superarse con el principio de irretroactividad de la ley sería "(...) tan absurdo como si, al remontarnos a la época en la cual Ramón Castilla mediante ley abolió la esclavitud, se hubiera entendido que ésta era sólo aplicable a los hijos de esclavos nacidos con posterioridad a la publicación de ésta. Esto es justamente lo que se quiere evitar cuando se dicta una ley que elimina una situación que genera un conflicto social, dándole una aplicación retroactiva. (...) El Tribunal Supremo español con sentencia del 16 de junio de 1956 (...) ha establecido lo siguiente: *'[...] el principio de irretroactividad no es aplicable por su propia naturaleza y alcance cuando se trata de normas que son de mero desarrollo de otras, o procuran exclusivamente su ejecución, o denuncian su propósito ampliamente rectificador de situaciones morales o sociales en las que la nueva ley se declara incompatible, o cuando persiguen un designio interpretativo o aclaratorio"'*[53].

52 Con respecto a la presunta vulneración del principio de irretroactividad de la ley, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 3654-2009 (Lima), publicada el 28 de febrero del 2011, ha señalado que: "En la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la referida Ley (27495) se prescribe que la norma se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia; por tanto, si las partes, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, cumplían con el plazo establecido por ésta, podían interponer su demanda amparándose en dicha causal; razonamiento que ha sido igualmente referido por esta Sala Suprema en la Casación número dos mil doscientos noventa y cuatro – dos mil cinco (Lima). En el caso de autos, la propia recurrente ha reconocido que se encuentra separada de hecho del actor desde el año mil novecientos setenta y dos, por lo que a la fecha de interposición de la demanda (el uno de setiembre del año dos mil cinco) ya había transcurrido en exceso el plazo mínimo establecido en la ley, por lo que este argumento de defensa debe ser desestimado".

53 Espinoza Espinoza, Juan. Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984, segunda edición, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 153-154. También ha señalado Alex Plácido Vilcachagua: "Esta referencia al tiempo transcurrido en la separación de hecho, preexistente a la vigencia de la citada norma, fue cuestionada por considerársela contraria al principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la sugerencia de una prohibida aplicación retroactiva de la norma debe ser descartada por cuanto no se está frente a hechos, situaciones o relaciones jurídicas que hubieren consumado sus consecuencias con anterioridad a la dación de la norma. Por el contrario, la evidencia de la continuidad de tales consecuencias durante la existencia de la norma,

### 7.3. Concepto de la causal de separación de hecho.

33.- Se ha conceptuado el divorcio por la causal de separación de hecho de diversas maneras. Así se afirma que: "La separación de hecho es la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges que, sin previa decisión jurisdiccional, quiebran el deber de cohabitación de forma permanente, sin que causa justificada de forma alguna imponga tal separación sea por voluntad de uno o de ambos esposos"54.

También se asevera que la separación de hecho es "(...) el estado jurídico en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno [o] de ambos esposos (...)"55.

Esta Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha definido a esta causal como: "(...) la interrupción de la vida en común de los cónyuges, que se produce por voluntad de uno de ellos o de ambos"56.

### 7.4. Naturaleza jurídica de esta causal.

**34.-** La naturaleza jurídica de la causal, *prima facie*, es la de ser una causal objetiva, es decir, que se configura con la sola comprobación del hecho de la ruptura de la vida en común en forma permanente, por el tiempo establecido en la norma jurídica. Sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, admite implícitamente el análisis de las causas que dieron lugar a esa separación, al regular que no puede considerarse como cese de la cohabitación aquella que se justifique en razones laborales. De igual modo, el artículo 345-A del Código Civil alude a la indemnización de daños, incluyendo el daño personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge más perjudicado con la separación; en tal situación, el Juez debe establecer los hechos que dieron lugar a esa separación, pasando a analizar aspectos subjetivos inculpatorios únicamente con la finalidad de determinar la procedencia de aquella indemnización y el monto a resarcir.

Como podemos concluir, la causal regulada en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil es a la vez una de naturaleza objetiva y subjetiva, porque no sólo

demuestra que se está frente a un caso de aplicación inmediata de la ley". En: Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio? Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú: **http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art45.PDF**, p. 15.

54 Azpiri, Jorge O. Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2000, p.256.

55 Kemelmajer de Carlucci, Aída. Separación de hecho entre cónyuges, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978, p. 3.

56 Entre otros, la Casación N° 1120-2002 (Puno) y la Casación N° 784-2005 (Lima), ambas expedidas por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Particularmente, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), publicada el 28 de febrero del 2006, se ha establecido que: "El artículo 333 inciso 12 del Código Civil (...) regula la causal de separación de hecho, la que se presenta como el incumplimiento del deber marital de convivencia y de la vida en común que tienen los cónyuges, a fin de apartarse el uno del otro, ya sea por decisión mutua o unilateral, sin que exista una decisión judicial previa".

se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno o de ambos de no reanudar la vida en común.

### 7.5. Elementos o requisitos configurativos de la causal.

**35.-** Son tres los elementos que distinguen a esta causal en particular, y que se derivan de la atenta lectura de su texto, en concordancia con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495. Los elementos son: *material*, *psicológico* y *temporal*.

### 7.5.1. Elemento material.

**36.-** Está configurado por el hecho mismo de la separación corporal de los cónyuges (corpus separationis), es decir, por el cese de la cohabitación física, de la vida en común[57]. Sin embargo, puede ocurrir que por diversas razones –básicamente económicas– los cónyuges se ven obligados a habitar el mismo inmueble no obstante su renuencia a concretar su vida en común (ocupan habitaciones distintas, manejan horarios distintos, y su único nexo de comunicación suelen ser los hijos). En este caso, la separación de hecho no puede ser interpretada como "no habitar bajo un mismo techo", sino como abdicación total y absoluta de los deberes matrimoniales[58].

### 7.5.2. Elemento psicológico.

**37.-** Se presenta este elemento cuando no existe voluntad alguna en los cónyuges –sea de ambos o de uno de ellos– para reanudar la comunidad de vida (animus separationis). Por tanto, no puede alegarse la separación de hecho como causal de divorcio cuando ésta se produzca, por ejemplo, por cuestiones laborales, o por una situación impuesta que jurídica o tácticamente sea imposible eludir, como el caso de la detención judicial; o en el supuesto en que el cónyuge viaja al extranjero para ser intervenido quirúrgicamente o por razones de estudio. Sin embargo, cesada cualquiera de estas circunstancias justificatorias, el consorte está obligado de retornar físicamente al hogar conyugal, y en el supuesto de no hacerlo, se configurará la causal de separación de hecho.

Analizando los alcances de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley 27495, Quispe Salsavilca refiere que: "(...) no se configura la causal

57 Con relación a este elemento material, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 157-2004 (Cono Norte), citada en la referencia anterior, ha establecido que: "Este deber, llamado también 'deber de cohabitación', significa la obligación que tienen los esposos de vivir o habitar juntos en el domicilio conyugal. El significado de este deber no debe ser restringido al concepto de la obligación marital, dicho de otra forma, el débito sexual, pues la doctrina reciente estima que dicho deber se extiende a la obligación –entre otros– que tienen los esposos de compartir la mesa o el techo".

58 Cfr.: Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo 2, pp. 117-118. Sin embargo, Plácido Vilcachagua ha expresado su discrepancia con esta posición, señalando que: "(...) se sostiene que no existe impedimento para que la separación de hecho se configure viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble pero en habitaciones diferentes. Sin embargo, en tal supuesto no se ha incumplido el deber de cohabitación. En definitiva, en tal caso se incumplirían otros deberes conyugales, como los de respeto recíprocos, asistencia espiritual y sostenimiento material; situaciones todas ellas, que acreditarían otras causales de separación de cuerpos o divorcio, pero no la que se comenta". (Separación de Hecho: ¿Divorcio-culpa o Divorcio-remedio?; Ob. Cit.; p. 6). En la misma tónica: Chávez de la Peña, Verónica. Acerca de la procedencia de una asignación dineraria por concepto de indemnización en los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, JUS Doctrina y Practica, N° 11, Lima, noviembre, 2008, p. 188.

cuando el *corpus separationis* se produce como resultado de una actividad –la laboral– que indirectamente revela la presencia de una *affectio maritalis*. La disposición tercera sólo se limita a este supuesto de hecho pero no queda claro si tal enunciación es de carácter *numerus clausus* o si por el contrario vía interpretación extensiva considerando la racionalidad de la norma es correcto comprender toda situación que revele inequívocamente la presencia de la *affectio maritalis* como el supuesto de viaje por tratamiento de enfermedad y otras actividades que no excluyen el *animus* de comunidad de vida. Creemos que esta es la interpretación más coherente"[59]. En el mismo sentido Plácido Vilcachagua señala que la citada Disposición Transitoria debe interpretarse en forma concordada con el artículo 289 del Código Civil, referido a los casos en que se justifica la suspensión temporal de la cohabitación y que exigen el traslado de uno de los cónyuges fuera del domicilio conyugal, ya sean razones laborales, de estudio, de enfermedad, accidentes, entre otros[60].

En la misma línea de argumentación Zannoni estima que en el proceso deberá acreditarse que la interrupción de la cohabitación no se debió a causas involuntarias o de fuerza mayor, o que habiéndose configurado aquéllas en un inicio, con posterioridad no se reanudó la convivencia por sobrevenir la falta de voluntad de unirse de uno o de ambos cónyuges[61].

Es suficiente que uno de los cónyuges haya abandonado al otro, o se rehúse volver al hogar, para que proceda su pretensión de divorcio, sin que obste para ello que el cónyuge demandado alegue que él, por el contrario, nunca tuvo la voluntad de separarse.

**7.5.3. Elemento temporal.**

**38.-** Está configurado por la acreditación de un periodo mínimo de separación entre los cónyuges: dos años si no existen hijos menores de edad, y cuatro años si los hubiere. La norma no señala que pueda sumarse plazos independientes en caso que se configure solución de continuidad en el transcurso del tiempo, pero tratándose de un estado en el que se quiebra la cohabitación de forma permanente y definitiva, es lógico que se entienda que se trata de un plazo corrido y sin solución de continuidad computable a la fecha de interposición de la demanda.

Cabe anotar que en la invocación de esta causal no opera plazo de caducidad alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 del Código Civil, encontrándose la acción expedita mientras subsistan los hechos que la motivan[62].

59 Quispe Salsavilca, David. Ob.Cit., p.110.
60 Cfr.: Plácido Vilcachagua, Alex. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 48.
61 Cfr.: Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo 2, Ob. Cit., p. 124.
62 Zannoni refiere como característica de las acciones del estado de familia que éstas son imprescriptibles, lo que no quiere decir que no estén sujetas a plazo de caducidad: "Los términos de caducidad integran el supuesto de hecho que atañe a la existencia del derecho como tal. Los plazos de prescripción no afectan la existencia del derecho, aunque subordinan su ejercicio al término comprendido en ellos. (...) La caducidad de las acciones de estado tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad (...). En otras palabras, dicha caducidad actúa, simultáneamente, con la consolidación del estado de familia y, en virtud de esta consolidación, la acción para obtener la modificación o extinción del estado se agota por caducidad. Pero, bien se ve, no se trata de

**7.6. Diferencia con otras causales.**

**39.-** Habiendo definido a la separación de hecho como la interrupción de la cohabitación de los cónyuges por voluntad de uno de ellos o de ambos, sin alegación de culpa imputable a ninguna de las partes, salvo para la determinación de los efectos o consecuencias de la declaración de divorcio, la diferencia entre esta causal (conjuntamente con la separación de cuerpos) con las demás contempladas dentro de la categoría del divorcio-sanción resulta evidente, desde que la fractura del vínculo no se declara a consecuencia de la constatación de un actuar doloso o culposo del otro cónyuge (como sería el adulterio, la violencia física o psicológica, la injuria grave o el atentado contra la vida del cónyuge, entre otros), sino sólo del hecho objetivo de la separación por un tiempo determinado y sin la voluntad de unirse, sin entrar al análisis de las causas que lo motivaron. En cambio, como se ha visto, en el divorcio-sanción, las causales son inculpatorias y, por tanto, debe establecerse el factor de atribución que corresponda a la causal específica en cada caso concreto.

**7.6.1. Con la causal de abandono injustificado del hogar c**onyugal.

**40.-** Esta causal se configura con la dejación material o física del hogar conyugal por parte de uno de los cónyuges[63], con el objeto de sustraerse en forma dolosa y consciente del cumplimiento de las obligaciones conyugales o deberes matrimoniales. Como vemos, para la configuración de esta causal no basta el alejamiento físico de la casa o domicilio común por parte de uno de los esposos, sino que se requiere del elemento subjetivo consistente en la sustracción voluntaria, intencional y libre de los deberes conyugales (que no sólo incluye la cohabitación, sino también la asistencia alimentaria, entre otros), lo que no se exige para la configuración de la causal de separación de hecho, a tal punto que –por el contrario– para que proceda la última causal señalada, se exige al demandante (que puede ser perfectamente quien se alejó del hogar) que se encuentre al día en el pago de sus obligaciones alimentarias[64].

**7.6.2. Con la causal de imposibilidad de hacer la vida en común.**

**41.-** Esta causal se concibe como una suerte de causal residual, en la medida que en ella se pueden abarcar conductas no previstas expresamente en los demás incisos del artículo 333 del Código Civil, aunque algunos autores estiman que básicamente se refiere a la incompatibilidad de caracteres entre los cónyuges a un grado que no sea posible la convivencia por el estado permanente de

prescripción de la acción, sino de extinción del derecho a cuestionar el estado, ya consolidado". En: Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo 1, pp. 95-96.

63 Eduardo A. Zannoni refiere su disconformidad con el sector de la doctrina y jurisprudencia Argentina, en cuanto no admiten que, también, puede producirse abandono sin dejación del hogar o separación física, bastando para ello que el cónyuge culpable descuide voluntariamente su deber de atención de las necesidades de su familia, o cuando un cónyuge desatiende al otro en una enfermedad que requiere de asistencia permanente. (Cfr.: Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo 2, pp. 98-99).

64 En ese sentido se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2178-2005 Lima, publicada el 02 de octubre del 2007, al señalar que: "(...) debe tenerse presente que la separación de hecho no implica necesariamente que haya habido abandono voluntario, malicioso (o injustificado) de parte de uno de los cónyuges; por el contrario, se trata de una situación fáctica que tanto puede resultar del abandono unilateral como del mutuo acuerdo de los esposos para vivir separados".

conflicto que se crea entre ellos[65], mientras que para otros se trata de una definición abierta, por lo que corresponde al órgano jurisdiccional calificar el supuesto sancionado por el legislador[66]. Para la configuración de este supuesto, no se requiere que las partes, a la fecha de interposición de la demanda, se encuentren separadas físicamente, como si se exige en el caso de la causal de separación de hecho, pudiendo continuar la convivencia vigente hasta que se decrete la separación definitiva.

**7.7. Efectos legales.**

**42.-** Tenemos dicho que el divorcio tiene lugar con la sentencia estimatoria que así lo declare; sentencia que es de carácter constitutiva67; por tanto, es lógico afirmar que los efectos del divorcio se darán a partir de la expedición de la sentencia respectiva.

**43.-** El primer efecto o consecuencia –común a todas las causales– es el de la disolución o rompimiento del vínculo matrimonial y, con ello, el término de los deberes morales que derivan del matrimonio, como son: cohabitación, fidelidad y asistencia mutua. Se incluye además el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del marido agregado al suyo (artículo 24 del Código Civil).

Sin embargo, tratándose de la causal de separación de hecho, el artículo 345-A del Código Civil ha regulado consecuencias específicas, en tanto que no estamos ante una causal inculpatoria que conlleve consecuencias gravosas o sancionadoras para el cónyuge culpable. Ello no quiere decir que exista perdón total para quien promovió o dio lugar a la separación, "(...) por cuanto de no ser así se incitaría a quien quiere obtener el divorcio a incurrir en culpa para lograrlo. La solución contraria obligaría al otro consorte al divorcio, permitiéndose al cónyuge culpable obtener por vías legales la liberación de la mayoría de sus obligaciones conyugales y familiares"68.

**44.-** Por ello, como segundo efecto de la declaración de divorcio en esta causal específica, tenemos a aquél relacionado con la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este efecto se proyecta en dos dimensiones:

**A)** El establecimiento de una indemnización por daños, incluyendo el daño

65 Cfr.: Hinostroza Minguez Alberto. Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio, primera edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 82.

66 Cfr. Quispe Salsavilca, David Percy. Ob. Cit., pp. 119-122.

67 Dentro de los diversos criterios de clasificación de las sentencias, la doctrina clasifica a las sentencias en: declarativas, de condena y constitutivas. En éstas se constituye, modifica o extingue una situación jurídica, dando lugar –en estos dos últimos casos– a una nueva situación jurídica, con efectos a futuro (ex nunc), de allí que sea imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Teniendo en cuenta que lo que se pretende a través de una demanda de divorcio es modificar el estado civil de una persona, y teniendo en cuenta, además, que su amparo importará no sólo la variación de esa situación jurídica sino que irradiará a otros aspectos relacionados con la institución familiar, como son el régimen patrimonial, los alimentos, la tenencia y custodia, la patria potestad, entre otros, es evidente que la sentencia a expedirse será una constitutiva de estado que producirá sus efectos únicamente a partir de su expedición (sin efecto retroactivo). Respecto de las sentencias que se expiden en los procesos de familia y sus efectos, véase también: Mangione Muro, Mirta Hebe. Ob. Cit.; p. 69. Asimismo: Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil – Derecho de Familia, Tomo 1, pp. 92-94.

68 Plácido Vilcachagua, Alex F. Ibidem; p. 51.

personal, o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado. Este aspecto será materia de un mayor análisis más adelante.

**B)** La pensión de alimentos que pudiera corresponder, ya sea a favor del cónyuge o de los hijos; por tanto, no es de aplicación inmediata a la declaración de divorcio por esta causal el cese automático de la obligación alimentaria entre los cónyuges prevista en el primer párrafo del artículo 350 del Código Civil, norma aplicable sólo al divorcio-sanción; estando facultado el Juez a apreciar las circunstancias de su subsistencia en cada caso concreto. Es de aplicación, igualmente, lo dispuesto en el artículo 342, que indica: "El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa"69.

**45.-** La norma bajo análisis agrega como otros efectos del divorcio por la causal de separación de hecho, los siguientes:

a) Fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales y división por partes iguales de los bienes gananciales (artículo 323), sin olvidar que el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación (artículo 324).

b) Asimismo, el cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro (artículo 352).

c) El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden (artículo 343).

**46.-** En caso de existir hijos menores de edad, el divorcio por la causal de separación de hecho producirá –por remisión del artículo 355 del Código Civil– además los siguientes efectos:

a) Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el Juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el Juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el

69 En esta misma línea de argumentación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 4057-2009 (Huánuco), publicada el 04 de octubre del 2010, ha expresado: "Que, por tanto, al igual que en el caso del divorcio por culpa de uno de los cónyuges, en el caso especial de las pretensiones de divorcio por causal de separación de hecho, no rige la regla general, por la cual el divorcio pone fin a la obligación alimentaria entre los cónyuges, sino debe entenderse que excepcionalmente en este supuesto puede subsistir la obligación alimentaria a favor del cónyuge que resulte perjudicado con la separación, ello siempre y cuando se hubiera acreditado que el cónyuge perjudicado estuviera imposibilitado de trabajar o de subvenir sus propias necesidades por otro medios, conforme lo establece el artículo 350 del Código Civil".

ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido (artículo 340).

b) En cualquier tiempo, el Juez puede dictar a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia, las providencias que sean requeridas por hechos nuevos y que considere beneficiosas para los hijos (artículo 341).

## 8. LA INDEMNIZACIÓN EN EL DIVORCIO POR SEPARACIÓN DE HECHO.

**47.-** Nuestro sistema jurídico civil ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). El primero, se aplica para los casos del divorcio-sanción, cuyo sustento es la culpa del cónyuge que motiva la causal en la que se funda el divorcio, razón por la que también se la ha denominado divorcio por causas inculpatorias. El segundo, se refiere al divorcio-remedio incorporado por la Ley 27495, es decir el divorcio por causa no inculpatoria. Para los efectos de la sentencia casatoria nos interesa desarrollar brevemente los aspectos más relevantes de la indemnización en el divorcio-remedio.

### 8.1.Concepto.

**48.-** En la doctrina y el derecho comparado se ha establecido un régimen de responsabilidad familiar en los casos de divorcio o nulidad matrimonial que reposa esencialmente en la denominada compensación económica, llamada también pensión compensatoria.

Herminia Campuzano Tomé, compartiendo criterio con Pereda y Vega Sala, concibe a esta compensación como: "Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre –debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial- en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal"70. Sin embargo, esta noción se refiere a la compensación que se fija en el divorcio tanto por causas inculpatorias como las no inculpatorias, pues la prestación se impone, según se dice, "al margen de toda responsabilidad".

49. Como se ha visto, en nuestro sistema jurídico, el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causa no inculpatoria; por cuanto puede demandar el divorcio cualquiera de los cónyuges, sea culpable o inocente de la separación de hecho y aún cuando haya mediado acuerdo de los cónyuges

70 La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación de divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28.

para el apartamiento. En consecuencia, la indemnización, o en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende al daño moral.

**50.-** No obstante ello, es necesario precisar que la referida causal de divorcio, si bien se sustenta en un criterio objetivo, en donde es indiferente la culpabilidad del cónyuge en la separación de hecho; sin embargo, para la determinación de la indemnización se hace necesario recurrir a ciertos elementos de la culpa o dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado. Y en este sentido, será considerado como tal aquel cónyuge: a) que no ha dado motivos para la separación de hecho, b) que a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio, c) que ha sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

51.- El caso típico de la separación de hecho se produce por decisión unilateral de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se aparta del hogar conyugal sin causa legal justificada. En otra hipótesis, cuando el cónyuge se aparta inicialmente por un motivo justificado (enfermedad, trabajo, estudios), pero luego de cesado este motivo se rehúsa injustificadamente a retornar al hogar.

Aun en la hipótesis en que se produzca acuerdo de los cónyuges sobre la separación de hecho, el Juez puede identificar y comprobar en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado con la cesación de la convivencia y, por consiguiente, disponer una indemnización o adjudicación de bienes a su favor.

52.- Pueden darse otras dos hipótesis con relación al cese de la vida en común de los cónyuges: a) cuando uno de los cónyuges acepta la propuesta del otro de separarse (acuerdo verbal o escrito de separación), para evitar que siga siendo maltratado física o moralmente, (incluso los hijos también pueden ser maltratados); b) cuando uno de los cónyuges se aleja unilateralmente del hogar porque el otro lo maltrata o ejerce violencia familiar en cualquiera de sus formas. Consideramos que en ambos supuestos se justifica la actitud del cónyuge y fácilmente se puede identificar y acreditar su condición de cónyuge más perjudicado y, por tanto, establecerse una indemnización a su favor.

### 8.2.Naturaleza jurídica.

**53.-** Es necesario determinar la naturaleza jurídica de la indemnización bajo análisis a fin de establecer qué tipo de normatividad o régimen legal le resulta aplicable y, por consiguiente, el contenido y extensión de aquella indemnización. En la doctrina[71] se han formulado distintos enfoques sobre su naturaleza:

71 Cfr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. La Pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución. Puede verse este texto completo en el siguiente enlace: **http://www.nuevodivorcio.com/pensión_compensatoria.pdf**

### 8.2.1. Carácter alimentario.

Se ha sostenido, en primer término, que se trata de una prestación de carácter alimentaria; sin embargo, existen sustanciales diferencias con la indemnización o compensación. En la pensión alimenticia procede de la situación de necesidad, para cubrirlas y el sustento se encuentra en el vínculo familiar de origen legal. La compensación procede de la sentencia de divorcio o separación, a favor del cónyuge perjudicado para compensar el desequilibrio producido por la separación. También se sostiene que la pretensión de alimentos es imprescriptible mientras que la compensación económica debe necesariamente reclamarse en el proceso de divorcio.

### 8.2.2. Carácter reparador.

Por otro lado, se ha afirmado que esta compensación tiene una naturaleza reparadora, pues su finalidad sería reparar el perjuicio que el cónyuge padece a raíz de la ruptura matrimonial[72], y al efecto se establece una pensión compensatoria.

### 8.2.3. Carácter Indemnizatorio.

En otra vertiente se ha sostenido que tiene una naturaleza indemnizatoria, porque se debe cumplir la prestación mediante un pago único, en oposición a la pensión compensatoria, que es de tracto sucesivo. Para establecer esta indemnización es necesario acreditar un desequilibrio en relación con el otro cónyuge y en relación con la situación anterior a la ruptura matrimonial73. En esta posición se excluye que la prestación derive de una responsabilidad civil y, por tanto, no se sustenta en la culpa o dolo del cónyuge a quien se le impone el pago de aquella prestación.

### 8.2.4. Carácter de Obligación Legal.

Otro sector importante de la doctrina postula que la indemnización bajo análisis tiene el carácter de obligación legal, pues la norma impone a uno de los cónyuges el pago de una prestación pecuniaria a favor del otro con la finalidad de corregir un desequilibrio o una disparidad económica producida por el divorcio o la nulidad del matrimonio, y así evitar el empeoramiento del cónyuge mas débil74. No es imprescindible la conducta culposa o dolosa del cónyuge menos perjudicado.

72 "La pensión compensatoria, recogida en el artículo 97 del Código Civil –español-, es una medida no de índole o carácter alimenticio sino de naturaleza reparadora tendiente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión (compensatoria), de la situación instaurada en el matrimonio". Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18° del 01 de octubre de 1998.

73 Zarraluqui, Luis Op. Cit. p. 3.

74 Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo. La compensación económica en la ley del matrimonio civil. ¿Un nuevo régimen de responsabilidad civil extracontractual?, véase el texto en el siguiente enlace: **http://www.bibliojutidica.org/libros/4/1943/23.pdf.** Asimismo, Cfr.: Álvaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada "indemnización en caso de perjuicio", derivada de la causal de separación de hecho, algunas notas entorno al esclarecimiento de su auténtica naturaleza jurídica. Dialogo con la Jurisprudencia, Tomo 123, Gaceta Jurídica, Lima, Diciembre, 2008, pp.147 y ss.

El fundamento de esta obligación legal indemnizatoria la encontramos en la equidad[75] y en la solidaridad familiar. En cuanto a este último fundamento, se trata de indemnizar daños producidos en el interior de la familia, esto es de los daños endofamiliares, que menoscaban derechos e intereses no sólo del cónyuge más perjudicado (solidaridad conyugal) sino también de los hijos, por lo que entre los miembros de la familia debe hacerse efectiva la solidaridad familiar.

### 8.2.5. Carácter de Responsabilidad Civil Extracontractual.

Para otro sector de la doctrina esta compensación económica tiene su fundamento en la responsabilidad civil extracontractual; por esta razón, se sostiene, que para la configuración de esta responsabilidad debe exigirse todos sus elementos: a) el daño y perjuicio, b) antijuricidad, c) factor de atribución o imputabilidad, d) relación de causalidad76.

Un sector de la doctrina nacional asume esta posición77, aun cuando algunos distinguen su aplicación y precisan que para el divorcio sanción se aplican las normas de la responsabilidad civil extracontractual matizada por las características propias del Derecho de Familia y, por otro lado, para el divorcio remedio se aplicaría un tipo de responsabilidad civil familiar y especial78. En consecuencia, se puede convenir parcialmente, que en el divorcio sanción, en donde se requiere la culpabilidad de uno de los cónyuges, la indemnización se sujeta a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, y a su vez teniéndose en cuenta las particularidades, características y la naturaleza del Derecho de Familia. Mientras que en el divorcio remedio que analizamos, no le es de aplicación las reglas de la responsabilidad extracontractual ni contractual.

### 8.2.6. Nuestro sistema normativo.

**54.-** Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el articulo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o, b) la adjudicación preferente de bienes de la

75 Zarraluqui , Luis, Op. Cit. p. 8-9.

76 La responsabilidad contractual como extracontractual tienen como elementos comunes: a) la antijuridicidad, b) el daño, c) relación de causalidad entre el daño y el hecho, d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad. Cfr.: Bustamante Alsina, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil, octava edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, pp. 105 y ss.

77 Reflejando esta posición doctrinaria la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la Casación N° 241-2009 (Cajamarca), publicada el 31 de mayo del 2010, en la que sostiene: "Que, tradicionalmente este daño se encuentra dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, con la peculiaridad de derivar de vínculo jurídico familiar que relaciona a las partes involucradas en el conflicto judicial, cuya obligación de reparar tiene como fundamento la violación del deber genérico de no causar perjuicio a otro".

78 Al respecto, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre sostienen que: "Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que pueda derivar del divorcio, para lo que hay que tener en claro que la simple realización de alguna de las causales del divorcio no basta para reclamar la reparación por esta vía. Será necesario que se configure la responsabilidad, para lo que es precisa la concurrencia de sus elementos constitutivos. A esto debemos agregar el hecho de que la responsabilidad civil debe verse matizada por las características propias del Derecho de Familia, de modo que se logre la armonía de los intereses superiores en la constitución de un matrimonio, de su estabilidad, y el sentimiento de justicia de la comunidad, junto con el principio general que exige que quien sufre un daño debe ser indemnizado". Responsabilidad Civil derivada del divorcio. Véase el texto completo en el siguiente enlace: **http://www.castillofreyre.com/articulos/responsabilidad_civil_derivada_del_divorcio.pdf.**

sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no sólo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal.

El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; en tal perspectiva Eusebio Aparicio Auñon sostiene que "(...) en sentido estricto puede definirse como una obligación impuesta por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa (...) la obligación legal compensatoria tiene por finalidad corregir desigualdades fortuitas (...). El propósito no es resarcir o reparar daños, ni igualar renta o patrimonios, sino equilibrar el agravio comparativo de las situaciones que se comparan sin que dejen de ser desiguales"79.

La aplicación de la equidad en la fijación de la indemnización o la adjudicación de bienes, presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan de referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el cuantum indemnizatorio.

55.- Por otra parte, para nuestro sistema la indemnización no tiene un carácter alimentario porque su prestación, además de no ser de tracto sucesivo o de pago periódico, no tiene por finalidad cubrir las necesidades propias de la subsistencia sino el de restablecer, en la medida de lo posible, el mayor perjuicio sufrido por el cónyuge. Se debe tener en cuenta que se ordena la indemnización o adjudicación además de la pensión de los alimentos que pudiera corresponder al cónyuge mencionado.

En el derecho alemán e italiano las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial tienen el carácter de pensión alimenticia, en el derecho español y francés tienen un carácter de pensión compensatoria o prestación indemnizatoria80.

56.- En el curso de la audiencia pública de este Pleno Casatorio expuso su disertación, en calidad de amicus curiae (amigo del Tribunal), el señor Alex Plácido Vilcachagua, quien sostuvo, entre otros argumentos, que en el plano de la indemnización en este tipo de divorcio era aplicable –como fundamentos- los criterios de equidad, el principio de enriquecimiento

79 La Pensión Compensatoria. En: Revista de Derecho de Familia Nº 5, octubre, 1999, pp. 40 y 41.

80 Cfr. Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo, Ob. Cit. p. 424. El Código Civil italiano (artículo 129 bis) reconoce la denominada assegnazione per divorzio que viene a ser una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. El Código Civil francés (artículo 270) acuerda la llamada prestación compensatoire en virtud de la cual "...uno de los cónyuges puede quedar obligado a abonar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas". El Código Civil español (artículo 97) reconoce lo que su doctrina y jurisprudencia han denominado pensión compensatoria; aquella norma dispone que: "El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias...". Asimismo, Cfr.: Alfaro Valverde, Luis Genaro. El ser y el deber ser de la denominada indemnización en caso de perjuicio derivada de la causal de separación de hecho. Véase en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 123, diciembre 2007, pp. 150-151.

indebido y la solidaridad conyugal. Sin embargo, el enriquecimiento sin causa o indebido81 debe considerarse subsumido en la equidad; y, por otro lado, en cuanto al tercer fundamento –solidaridad conyugal- consideramos que como la indemnización debe comprender no sólo al cónyuge sino también a las consecuencias perjudiciales recaídas en los hijos, entonces el concepto de solidaridad familiar, como fundamento de dicha indemnización, resulta mucho más apropiado y comprensivo82.

En esta posición se descarta que la indemnización constituya una forma de responsabilidad civil, con todos sus elementos que comporta; en consecuencia, no puede considerarse a aquella indemnización dentro de una de las formas de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

57.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la indemnización, resulta apropiado el criterio expuesto oralmente en la Audiencia del Pleno Casatorio por el profesor Leysser León Hilario, también en calidad de amicus curiae, en el sentido de que la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene una naturaleza resarcitoria y, por tanto, no es un caso de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar, criterio que coincide en parte con el de este Colegiado Supremo, expuesto líneas arriba. En consecuencia, no es pertinente aplicar a la indemnización mencionada las reglas de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, por ejemplo, las reglas de responsabilidad objetiva, las de fractura del nexo causal o de las concausas, entre otras.

58.- Ahora bien, la norma que regula la indemnización (artículo 345-A) tiene serias deficiencias, pues contiene imprecisiones que hace difícil concluir cuál es la naturaleza jurídica de la misma, sus alcances y si el Juez fija tal indemnización de oficio, a pedido de parte o tiene ambas opciones. Sin embargo, teniendo en cuenta las posiciones doctrinarias aludidas y su regulación en el derecho comparado, puede establecerse válidamente que, la indemnización tiene dos componentes: a) la indemnización por el desequilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, que tiene como objeto velar por la "estabilidad económica" del cónyuge más perjudicado y, b) el daño personal sufrido por este mismo cónyuge83.

---

81 El enriquecimiento sin causa (o indebido) es aquel incremento del patrimonio que no se halla arreglado a la justicia y a la equidad; por tanto, la pretensión de enriquecimiento sin causa tiene sustento en la equidad y para nuestro sistema, el artículo 1955 del Código Civil la acción para su indemnización no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para lograr dicha indemnización. Para el caso concreto, el cónyuge más perjudicado puede obtener la indemnización en el proceso de divorcio en atención a lo dispuesto por el artículo 345-A del citado código. Además, de tomarse como fundamento el enriquecimiento sin causa sería más gravoso para el perjudicado porque requiere probar: 1) el incremento del patrimonio del enriquecido, 2) el correlativo empobrecimiento del perjudicado, c) la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y d) la inexistencia de una norma legal que excluya su aplicación.

82 Jurisprudencia del Tribunal Supremo español hace mención del principio general de "protección del conviviente más perjudicado" (STS de 27 de marzo del 2001, 17 de enero del 2003, 23 de noviembre del 2004) en donde se soslaya la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa y únicamente se toma como base el dato objetivo del desequilibrio económico entre las partes. Véase en: Pinto Andrade, Cristóbal. Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho, primera edición, Barcelona, Editorial Bosch S.A. 2008, p.131.

83 Oportunamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 1914-2009 (Lima Norte), publicada el 30 de setiembre del 2010, dejó establecido que: "Si bien puede considerarse que la demandada cuenta con un trabajo que le permite solventar sus necesidades, tal circunstancia de ninguna manera incide directamente en la valoración del daño moral o personal que la ausencia o abandono de su cónyuge hubiera causado a su propia autoestima y a la estabilidad de la familia, independientemente de los motivos que lo hubieran generado (como es la

En cuanto al primer componente, es evidente que la prestación a imponerse tiene una naturaleza legal indemnizatoria, desde que es la propia norma jurídica la que expresamente establece este concepto. En lo relativo al segundo componente, el daño personal, evidentemente no tiene en forma directa un contenido patrimonial, pero también se sujeta a la misma naturaleza jurídica de la indemnización económica, es decir, que es de naturaleza legal.

**59.-** Para establecer la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común84, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno, como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto, ni la conducta antijurídica como requisito de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí. En este mismo sentido Luis Zarraluqui apunta que: "En lo que respecta a la relación de causa a efecto, es evidente que en cada caso particular habrá de constatarse la realidad de que ese desequilibrio –daño- haya sido producido directamente por la separación o el divorcio y no por cualquier otro hecho o causa, quizás concurrente en el tiempo. Tiene que ser la separación o el divorcio el que produce directa y efectivamente el desequilibrio, de forma que si no hubiera tal ruptura, el desequilibrio no se produciría"85.

60.- Respecto a la relación o nexo causal es conveniente anotar que según la teoría de la causalidad adecuada, para determinar la causa de un daño es necesario hacerse, ex post facto, un juicio de probabilidad, más allá del hecho o evento ocurrido en la realidad, en virtud del cual se formule la pregunta de si la acción u omisión del presunto agente del daño era apta por sí misma para ocasionar el daño según el curso ordinario de los acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa se concluirá que la referida conducta es adecuada para producir el daño –hay nexo causal-, caso contrario, habrá una causa ajena86.

61.- En el presente caso, para que proceda la indemnización (juicio de procedibilidad) por los daños producidos como consecuencia –nexo causal- del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues que se trata del divorcio remedio. Por tanto, aquella relación de causalidad debe ser verificada por el Juez en el proceso, para estimar procedente la indemnización o la adjudicación prevista por la norma jurídica bajo análisis. Si se alegara o pretendiera una indemnización de daños, que no tiene ninguna relación de causalidad con el hecho objetivo de la separación o del divorcio en si, el Juez debe estimar improcedente tal exigencia indemnizatoria. No obstante, es necesario puntualizar que generalmente, salvo

alegada infidelidad del esposo)".

84 La antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

85 Op. Cit. p. 8.

86 Cfr. Abrevaya, Alejandra Débora. El Daño y su Cuantificación Judicial, 1ra edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, 2008, p. 16.

situaciones excepcionales[87], con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo 345-A del Código Civil.

Cosa distinta es que en el ámbito del juicio de fundabilidad se tenga en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.

### 8.3. De la indemnización y de la adjudicación de bienes.

**62.-** En principio, no es presupuesto *sine quanon* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio (o la separación de cuerpos) por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio- cualquiera de los cónyuges[88], y aún en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización[89]. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación[90].

#### 8.3.1. De la indemnización y los daños personales.

**63.-** Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida

87 En la hipótesis en que luego de un corto tiempo de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges de mutuo acuerdo deciden separarse de hecho, sin haber procreado hijos y renunciando expresamente a cualquier indemnización derivada de aquella separación consensuada.

88 En la Casación N° 2080-2007 (Cusco), publicada el 30 de mayo del 2008, se ha establecido que: "(...) la causal de divorcio por separación de hecho posibilita la invocación del hecho propio (...)".

89 La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 241-2009 Cajamarca, publicada el 31 de mayo del 2010, señala lo siguiente: "Que, en referencia al segundo supuesto del artículo 345-A del Código Civil, en cuanto preceptúa la indemnización que correspondería por los daños causados por el divorcio por la causal de separación de hecho, debe señalarse que si bien es cierto, que el divorcio por la causal de separación de hecho a que se refiere el artículo 333 inciso 12° del Código Civil, modificado por la Ley 27495, regula el divorcio remedio, y no se fundamenta en la culpa de uno de los cónyuges o de ambos; sin embargo, al haber contemplado la mencionada Ley el trámite del divorcio en la vía de conocimiento, nada obsta que se analice el supuesto del cónyuge que motivó la separación de hecho, sea porque se alejó del hogar, porque ejerció violencia sobre el otro cónyuge provocando la salida de la casa matrimonial, entre otras".

90 También es del mismo parecer: Zapata Jaén, María Elena. Los daños derivados del divorcio o separación de cuerpos por causal, en el Código Civil peruano. En: AA.VV. Persona, Derecho y Libertad, Nuevas Perspectivas, Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego, Lima – Perú, Editora Jurídica Motivensa, 2009, p 538.

lógicamente mucho antes de la demanda, b) de los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo (sentencia constitutiva), que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso.

En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad91, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio- de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica (por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho) y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.

En el segundo supuesto, con el divorcio declarado por sentencia firme, el cónyuge puede resultar perjudicado con la pérdida de pensiones o beneficios de seguros o rentas que tengan como requisito la vigencia del matrimonio, entre otros.

64.- En este orden de ideas, el desequilibrio económico se establece relacionando la situación material de uno de los cónyuges con la del otro y, al mismo tiempo, de la comparación de la situación resultante del cónyuge perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. En tal sentido, también se pronuncian Luis Diez Picazo y Antonio Gullón comentando el Código Civil español (artículo 97) al afirmar que: "La hipótesis para la que el Código lo establece queda dibujada por la confluencia de un doble factor: un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, es decir, una situación en que tras las crisis uno sale económicamente mejor y otro peor parado y, además, el cotejo de esta situación con la anterior en el matrimonio para decidir si significa un empeoramiento. En definitiva, así no se declare, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas"92.

65.- El menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el Juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de uno de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí, con prescindencia de toda forma de culpabilidad. Cosa distinta es que la separación de hecho

91 Nuestra Constitución no ha reconocido exclusivamente un solo modelo de estructura familiar, esto es la familia tradicional que emerge del matrimonio, sino que en su normatividad se protege a la familia, bajo cualquier estructura distinta a la tradicional, como las que provienen de las uniones de hecho, **la familia monoparental** (formada por cualquiera de los padres con sus hijos), la familia reconstituida. También así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06572-2006-PA/TC, Piura. Igualmente puede verse sobre las fuentes u orígenes de la familia monoparental en: AA.VV. Familia Monoparental, Marissa Herrera, Directora, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, pp. 24 y ss.

92 Ob. Cit., pp. 139-140.

haya sido causada por uno de los cónyuges, pero cuya conducta culposa no es presupuesto necesario para que se configure esta causal de divorcio. En este punto cabe preguntarse: si la separación de hecho se ha producido por culpa exclusiva del cónyuge que sufre mayor el perjuicio, ¿es procedente fijar una indemnización a favor de éste? Sería improcedente por falta de interés para obrar en el cónyuge solicitante.

66.- Los artículos 345-A y 351 del Código Civil (el segundo dispositivo aplicable al divorcio remedio por remisión del primero), autorizan la indemnización del daño personal o daño a la persona y del daño moral. En la doctrina y el derecho comparado no hay criterio unánime sobre la relación de estos dos conceptos. Aún más, se ha sostenido que un criterio válido de clasificación es aquel que considera que los daños solamente se clasifican en patrimoniales y morales.

En principio, el "daño personal" a que alude la primera norma citada lo identificamos como el daño a la persona, y cuya formulación ha sido explícita en el artículo 1985 del Código Civil.

67.- El concepto de daño a la persona ha sido trabajado con base en la doctrina italiana (Busnelli, Alpa, Franzoni, Bonilini) como bien anota Fernández Sessarego93, aunque no hay consenso en la doctrina respecto a si este daño comprendería todos los aspectos y componentes de la compleja personalidad humana, se suele distinguir dentro del concepto de daño a la persona, el daño biológico del daño a la salud. El daño biológico representa la faz estática del daño a la persona y hace alusión, de modo objetivo, a la lesión causada en la integridad psicofísica de la víctima94.

68.- El daño a la salud representa el aspecto dinámico del daño a la persona, y se ha llegado a incluir una variedad de daños con otras tantas denominaciones como el daño a la vida de relación (privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades normales, cotidianas como practicar deportes, escuchar música, viajar, asistir o participar a espectáculos de cualquier índole), el perjuicio de afecto (el detrimento subjetivo que experimentan ciertas personas vinculadas a la víctima en los casos de lesión o muertes, tales como los parientes), el daño estético (afecta las posibilidades de afirmación del individuo en la vida social, derivada de la degradación de su aspecto por una deformidad física), el daño sexual (por ejemplo quien resulta contagiado por una enfermedad transmisible por vía sexual o el caso de la mujer violada, etc.), el daño psíquico (perturbación de la personalidad de la víctima de carácter patológico)95.

69.- También algunos autores, como Carlos Fernández Sessarego, sostienen que el daño al "proyecto de vida" estaría comprendido dentro del daño a la persona, sería el daño más grave a la persona; que tal proyecto de vida se sustenta en la libertad y en la temporalidad del ser humano[96].

93 Cfr. Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. p. 477.
94 Cfr.: Pizarro Ramón, Daniel. Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición, el daño moral en las diversas ramas del Derecho. Segunda edición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 2004, p. 66.
95 Cfr. Pizarro, Ramón Daniel, Ob. Cit., pp. 66-71.
96 Fernández Sessarego sostiene que: "El ser humano, para realizar un proyecto de vida a la par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo, María E., con fecha 27 de noviembre de 1998, ha señalado que el daño al proyecto de vida constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, "pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas (...) se asocia al concepto de realización personal que a su vez se sustenta en las opciones para conducir la vida y alcanzar el destino propuesto. Por ende, la pérdida de dichas opciones es reparable aún cuando no se trate de un resultado seguro sino probable –no meramente posible- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por los hechos violatorios de sus derechos humanos". Sin embargo, no fue indemnizado este tipo de daño por la Corte Interamericana mencionada bajo el argumento de que "la evolución doctrinaria y jurisprudencial no reconoce la posibilidad de su cuantificación independiente" y que "la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implica un principio de satisfacción"97.

El Juez de la citada Corte Interamericana Oliver Jackman, en el mismo caso Loayza Tamayo, expresó que "la noción del denominado 'proyecto de vida' concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico (...) los precedentes que la Corte ha establecido en su jurisprudencia le permiten, sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(...)"98. No está demás referir que la misma Corte, en el caso Cantoral Benavides, hace algunos avances respecto al daño al proyecto de vida (se le otorga algunas formas satisfacción pública, una beca de estudios superiores)99, precisamente porque dicho concepto aún se viene elaborando en la doctrina y en la jurisprudencia para delimitar su contenido y alcances.

70.- En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial- a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia100, como lo

ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida (...). No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad (...). Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto." En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 50, Lima, diciembre, 1996.

97 Cfr.: Galdós, Jorge Mario. ¿Hay daño al proyecto de vida? En: AA.VV. Persona, Derecho y Libertad, Ob Cit. p., 412.

98 Voto razonado y concurrente del Juez Oliver Jackman.

99 Véase: Díaz Cáceda, Joel. El Daño a la Persona y el Daño al Proyecto de Vida, una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional, primera edición, Jurista Editores E.I.R.L. Lima – Perú, 2006, p. 124 y ss.

100 Se ha sostenido que el daño al proyecto de vida es más específico que el daño a la persona o que el daño a la salud y no puede confundirse con el daño moral-dolor o con el daño psíquico. Cuando se define dicho menoscabo se postula su autonomía, porque "el proyecto de vida a diferencia de todos los demás proyectos que el ser humano se propone en su diario discurrir existencial, es aquel que tiene que ver con el destino mismo de la persona. En él se juega su futuro, su realización personal plena, de acuerdo con su más íntima vocación". Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. El valor de la vida humana, Sante Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 30 y 31, con cita de Carlos Fernández Sessarego.

reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades, es decir en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo. En cambio, para otras áreas del derecho de daños, como el de la responsabilidad civil extracontractual, podría analizarse la posibilidad de su aplicación razonable en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto imputado.

En todo caso, para los efectos del divorcio por la causal de separación de hecho en particular, uno de los aspectos esenciales para la procedencia del pago de la indemnización o la adjudicación de un bien está dado por la existencia de la relación o nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos por el cónyuge y la separación de hecho o, en su caso, con el divorcio en sí.

71.- De otro lado, según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie[101]. Sin embargo, cabe advertir que el mismo Código Civil de 1984 no es sistemático en utilizar el concepto de daño moral, pues algunas veces lo utiliza como sinónimo de daño a la persona[102], tal como ocurre en la norma contenida en el artículo 1322[103], y en otros casos, con un alcance más restringido y específico como en el supuesto del artículo 1984[104] y, aún diferenciándolo del daño a la persona como ocurre en el del artículo 1985[105].

El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial[106]. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente[107].

101 Cfr.: Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Segunda edición actualizada y aumentada, Lima, Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 181.

102 Cfr.: Osterling Parodi, Felipe. Las Obligaciones, en: Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V. Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Segunda edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L., Lima, 1984, p. 449.

103 Artículo 1322.- Daño moral. El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

104 Artículo 1984.- Daño moral. El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

105 Artículo 1985.- Contenido de la indemnización. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir 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.

106 Fernández Sessarego, Carlos. El daño a la persona en el Código Civil de 1984. En: Libro homenaje a José León Barandiarán. Lima, Cultural Cuzco, 1985, p. 214.

107 La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver la Casación N° 1782-2005 (Lima), se ha pronunciado sobre el daño moral y personal; puede ser ubicada en el siguiente enlace: **http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp,** ha establecido que: "(...) es necesario recalcar que este daño, que no solamente tiene connotaciones de orden económico – material, que se suscita como consecuencia de la disolución del régimen económico de la sociedad de gananciales, sino fundamentalmente moral y personal, se traduce en el padecimiento psicológico que

En cuanto al daño a la persona se requiere que sea cierto y personal, que tenga relación de causalidad entre el daño y el hecho generador del daño y debe derivar de la lesión a un interés o derecho no patrimonial del damnificado108.

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral109. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona110. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor.

Un sector importante de la doctrina sostiene que el daño psíquico se halla comprendido en el daño moral, pero que ciertamente tienen sustanciales diferencias. Si bien es cierto que ambos afectan el equilibrio espiritual, sin embargo, el daño psíquico comporta un estado patológico (enfermedad), una alteración psicopatológica y, por consiguiente, susceptible de diagnóstico por la ciencia médica111.

72.- Nuestra legislación propone que el Juez debe velar por el cónyuge más perjudicado y a tal efecto puede hacerlo de dos formas: a) mediante el pago de una suma dineraria indemnizatoria, o b) la adjudicación preferente de uno o varios bienes de la sociedad conyugal. El cónyuge perjudicado elige cuál de las dos formas conviene a sus intereses. Haya o no elección, en todo caso, el Juez puede optar por la alternativa más adecuada al caso concreto112.

73.- Como regla general, para que la indemnización cumpla su finalidad de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado, debe establecerse en un solo monto dinerario que el Juez estime justo en atención a las pruebas recaudadas y a lo que resulta del proceso. No se trata de una pensión compensatoria como ocurre en el derecho español, en donde el Juez está autorizado a fijar una pensión indemnizatoria, de tracto sucesivo, que debe ser pagada en cuotas y periódicamente, durante un cierto tiempo.

74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo

---

la separación puede ocasionar en el cónyuge perjudicado y el hecho de ver que el cónyuge inocente ha truncado su proyecto de vida en común con el cónyuge disidente".

108 Ramón Daniel Pizarro participa en parte de este criterio, aunque enfoca el daño a la persona como daño moral. Ob. Cit., p 122.

109 Carlos Fernández Sessarego sostiene que el concepto de daño moral tiene dos acepciones, una de ellas lo identifica con el daño a la persona, y la otra, establece una relación de género a especie. Así expresa que: "En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto se refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona". En: Derecho de las personas, décimo primera edición actualizada y aumentada, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2009, p. 473.

110 Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto. Daño moral y psicológico, daño a la psiquis, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 210-212.

111 Cfr.: Ghersi, Carlos Alberto, Ob. Cit., pp. 208-212.

112 En la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, con respecto a las medidas aplicables a favor del cónyuge perjudicado, que el Juez no está obligado a aplicar todas las medidas, "(...) sino que queda a su criterio razonado aplicar la más conveniente al cónyuge perjudicado en función también a los tipos de perjuicios que se evidencien de acuerdo a los medios probatorios (...)".

pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique "un cambio de vida" para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse "un mínimo" o "un máximo", sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros113.

De otro lado, también se tendrá en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aún las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes114.

75.- Es cierto que en ejecución de sentencia el Juez, a pedido de la parte beneficiada o de ambas partes, puede fraccionar el monto indemnizatorio, para facilitar su pago en atención a las circunstancias del caso, pero ello no desnaturaliza la indemnización fijada, incluso en esta modalidad de pago se puede convenir algún tipo de garantía personal o real.

**8.3.2. De la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.**

**76.-** Con respecto a la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil y, en consecuencia, debe concluirse que el Juez al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado, deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar. Dentro de la adjudicación de bienes, el Juez puede disponer también la adjudicación del menaje ordinario del hogar a favor del cónyuge beneficiado siempre que considere que con ello vela por la estabilidad económica de éste,

113 Cfr. Mosset Iturraspe, Jorge. Diez Reglas sobre Cuantificación del Daño Moral. Véase en: Revista Jurídica Argentina LA LEY, AA. VV. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Partes General y Especial, Félix A. Trigo Represas, Director, Tomo III, 1ra Edición, Buenos Aires, 2007, pp. 181 y ss.

114 En el plano del derecho comparado, el artículo 97 del Código Civil español, modificado por el artículo 9 de la ley 15/2005 del 08 de julio del 2005, formula un listado de circunstancias que el juez debe tener en cuenta al momento de fijar una compensación económica:
"Artículo 97.- El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.
A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en la sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:
1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
2. La edad y el estado de salud.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
4. La dedicación pasada y futura a la familia.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
9. Cualquier otra circunstancias relevante.
En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad".

sin perjuicio de la norma contenida en el último párrafo del artículo 320 del Código Civil.

La adjudicación de un bien social se hace en satisfacción de las consecuencias dañosas y no debe imputarse a los gananciales que le corresponden de la liquidación al cónyuge beneficiado por el carácter asistencial de la indemnización[115]. De adjudicarse un bien imputando a los gananciales que le corresponderán de la liquidación de la sociedad, no se estaría protegiendo su estabilidad económica ni la de sus hijos. De otro lado, para la adjudicación no se requiere necesariamente que existan otros bienes de la sociedad de gananciales, que aquel que se adjudica. Para hacer efectiva a cabalidad esta adjudicación, el Juez puede ordenar, si fuese el caso, el retiro del hogar de parte del cónyuge que motivó la ruptura de la vida en común y el retorno del cónyuge perjudicado con sus hijos menores[116].

Ordenada la adjudicación preferente de bienes gananciales, la misma se hará efectiva en ejecución de sentencia, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales. La elección entre indemnización y adjudicación, en principio corresponde al consorte beneficiado; sin embargo, si la elección no es adecuada, el Juez finalmente decidirá la opción legal más apropiada al interés de la familia.

## 9. LA INDEMNIZACIÓN O ADJUDICACIÓN DE BIENES: DE OFICIO Y A INSTANCIA DE PARTE.

**77.-** La indemnización o adjudicación se fijará a instancia del consorte más perjudicado o de oficio por el Juez. En el primer caso, la parte demandante puede considerarse la más perjudicada con la separación de hecho, y en virtud a ello está facultada para acumular en su demanda la pretensión accesoria, solicitando la indemnización o la adjudicación preferencial de bienes sociales. La parte demandada, también podría considerarse la más perjudicada con la separación, y en tal sentido podrá reconvenir solicitando cualquiera de aquellos extremos señalados. Después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

El juez también está habilitado para fijar de oficio en la sentencia una indemnización o adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. Igualmente, en este supuesto, se garantizará al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural.

115 Del mismo criterio es Alex Plácido V. Las causales de divorcio y separación de cuerpos en la jurisprudencia civil, Ob. Cit., p. 57.

116 Cfr. Plácido Vilcachagua, Alex. La obligación del órgano jurisdiccional de velar por la estabilidad económica del cónyuge perjudicado por la separación de hecho. En: Diálogo con la Jurisprudencia, actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, N° 67, Lima Perú, Abril 2004, Gaceta Jurídica S.A., p. 54.

En consecuencia, es necesario establecer las pautas pertinentes referidas a la carga de alegación así como a la carga de la prueba sobre los perjuicios. También es necesario establecer las condiciones en las que el Juez de oficio fija una indemnización.

**9.1. La indemnización o adjudicación de oficio.**

78.- La norma principal que nos ocupa (artículo 345-A Código Civil) tiene una redacción con imprecisiones y defectos que necesariamente obliga a efectuar una adecuada interpretación para establecer la voluntad objetiva de la norma, tanto en sus aspectos materiales como en los procesales que contiene. En este propósito debe utilizarse los métodos de interpretación postulados por la doctrina, a partir de una interpretación literal o gramatical para usar también los otros métodos como el sistemático, teleológico, axiológico, entre otros. Interpretación que obviamente debe hacerse desde los principios y valores que consagra la Constitución Política y atendiendo al deber especial de protección a la familia monoparental que surge del divorcio y a la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (artículos 4 y 43 de la Carta Política).

79.- En principio cabe preguntarse ¿es necesario que la parte interesada solicite -vía demanda o reconvención- una indemnización o la adjudicación de un bien por considerarse el cónyuge más perjudicado? o bien ¿es suficiente que el cónyuge alegue en cualquier estado del proceso su condición de cónyuge perjudicado para que el Juez tenga el deber de pronunciarse sobre la indemnización o la adjudicación prevista en la norma?, y aún más, sin que exista petición o alegación sobre perjuicios ni prueba alguna ¿puede el Juez fijar un monto indemnizatorio (o la adjudicación de bienes) bajo el simple argumento de cumplir con el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado?.

80.- En relación a la última interrogante, no es procedente que el Juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que se haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el Juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello[117]. Si la parte

117 La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos: en la Casación N° 3016-2006 Lima, publicada el 03 de enero del 2008 en el Diario Oficial El Peruano, se ha estableció que, cuando los jueces deban pronunciarse sobre la existencia o no del cónyuge más perjudicado, deben hacerlo "(...) de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos (...); debiendo precisarse que en caso de que no se pueda determinar el cónyuge perjudicado, no existe obligación en el juzgador de fijar indemnización alguna o [la] adjudicación preferente [de bienes]".
De igual forma, en la Casación N° 1484-2007 Huaura, publicada el 03 de diciembre del 2008, se ha establecido que: "(...) el solo amparo de una demanda de divorcio por la causal de separación de hecho no convierte automáticamente a uno de ellos en cónyuge perjudicado sino que tal calificación será producto de una correcta valoración de los medios probatorios dentro de una debida motivación fáctica y jurídica (...) de tal modo que de no existir suficientes medios probatorios que acrediten cuál cónyuge es el perjudicado el juzgador no está obligado a declararlo así, ni aplicar las medidas de estabilidad económica que contempla más adelante el mismo dispositivo (...)".

interesada no ha alegado o manifestado hechos referidos a determinados perjuicios, el Juez se pronunciará por la improcedencia de la indemnización en el caso concreto. El Juez no tendría ninguna base fáctica, probatoria ni jurídica para emitir pronunciamiento de fondo en tales circunstancias. Pero además, el Juez vulneraría el principio de contradicción y el derecho de defensa del cónyuge a quien le impone el pago de la indemnización, pues lo sorprendería con una decisión de tal índole y, por tanto, se lesionaría sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos por el inciso 3º del artículo 139 de nuestra Carta Política. No podría alegarse que el Juez, en este supuesto, esté actuando al amparo del principio *iura novit curia*, pues sin ningún pedido o alegación ni base fáctica acreditada pretendería aplicar la parte de la norma jurídica (artículo 345-A) referida a los "perjuicios".

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tópico[118] y ha sostenido que "...todo lo cual hace presumir a este Tribunal Constitucional que los órganos judiciales demandados –en amparo– habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si se tiene en cuenta que la demandada doña Marcela Carvajal Pinchi ni siquiera peticionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial (fojas 8, primer cuaderno). Es de precisar, además, que si se interpreta que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que "quien alega un hecho tiene que probarlo", vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho"119.

En ese caso, se aprecia que la demandada ni siquiera contestó la demanda y, en consecuencia, no alegó hechos conducentes a poner de manifiesto su condición de perjudicada por la separación de hecho. Lo que esencialmente preocupa al Tribunal Constitucional es que se habría vulnerado la garantía de imparcialidad del Juez, pues éste sin ninguna base fáctica ni alegación pertinente de la parte se pronuncia sobre la indemnización. Así mismo, el Tribunal pone de relieve la lesión al derecho de defensa del demandante, quien no tuvo la oportunidad de alegar, contradecir ni probar en contra de los fundamentos de una indemnización nunca alegada por la otra parte.

En otro caso, el Tribunal Constitucional consideró que: "(...) Sin embargo, de ellas no se aprecia fundamentación alguna que evoque el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado por el divorcio; todo lo cual hace deducir a este Tribunal

118 Es necesario tener presente que, de acuerdo a lo normado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; siendo el caso señalar que hasta la fecha no se ha emitido ningún precedente vinculante en materia de indemnización derivada de los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho.

119 STC 04800-2009-PA/TC del 05 de marzo del 2010.

Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales"120. El Tribunal citado cambió de criterio y sostuvo que la norma contenida en el artículo 345-A del Código Civil configura un mandato imperativo para el Juez y, en consecuencia, el juzgador debió pronunciarse sobre la indemnización, al no hacerlo, contravenía el derecho a la debida motivación de la resoluciones judiciales.

En esta situación, resulta por demás razonable, lo que propone al respecto este Supremo Tribunal constituido en Pleno Casatorio: si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referentes a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga la oportunidad razonable de contradecirlos para que el Juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica del cónyuge afectado. Será suficiente, por ejemplo, que el cónyuge alegue que su consorte lo abandonó en el hogar conyugal sin causa justificada, con sus hijos menores de edad, y que por ésta razón estuvo obligado a demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria en la vía judicial, para que entonces, acreditada esta situación fáctica, el Juez deba considerarlo como el cónyuge más perjudicado, y por tanto, fijar una indemnización o disponer la adjudicación de bienes sociales a su favor.

### 9.2. La indemnización o adjudicación a instancia de parte.

**81.-** Según el principio dispositivo, nemo judex sine actore, el proceso sólo se inicia a instancia de parte, nunca ex officio; por consiguiente, al demandante se le atribuye la carga procesal de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional121. No sólo debe alegar hechos y formular petitorios sino también debe probar tales hechos, y por consiguiente, se considera la necesidad de la carga de la prueba122. Esto nos conduce a considerar la existencia de la carga de alegar y probar los perjuicios en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, cuando han sido reclamados por la parte interesada, ya sean en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso.

Nuestro proceso civil, está informado por una serie de principios procesales, muchos de ellos de raigambre constitucional y con una inequívoca orientación

120 STC 05342-2009-PA/TC de 21 de junio del 2010.

121 Hernando Devis Echandía define a la carga como: "un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias perjudiciales". En: Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, quinta edición, Buenos Aires, Victor P. de Zavalaga Editor, 1981, pp. 420-421.

122 En la doctrina más recibida se ha diferenciado entre la carga procesal y el deber u obligación procesal, afirmándose que la distinción radica en "la diversa sanción conminada a quien no realiza el acto; existe sólo obligación cuando la inercia da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); en cambio si la abstención del acto hace perder sólo los efectos útiles del acto mismo, tenemos la figura de la carga, (...) obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio". Carnelutti Francesco. Lezione di Diritto Processuale Civile, Tomo II, Padova, 1938, p. 338, citado por García-Cuerva García, Silvia. Las reglas generales del onus probandI. En: AA.VV. Objeto y carga de la prueba civil, Xavier Abel Llunch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, JM Bosch Editor, 2007, pp. 56-57.

publicística. No obstante esta orientación, rige el principio dispositivo, con algunas flexibilizaciones, en los procesos de familia.

82.- A tenor del principio dispositivo, en el proceso de divorcio en general, y en particular en el que nos ocupa, la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido.

Esta petición puede hacerla el cónyuge demandante que se considera perjudicado, acumulando como pretensión accesoria a la principal de divorcio, en cualquiera de las formas ya analizadas (una indemnización o la adjudicación preferente de bien). Por otro lado, si el cónyuge demandado se considera perjudicado, puede formular reconvención en su escrito de contestación, solicitando igualmente la indemnización o la adjudicación.

Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho; lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito[123], como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, tal como ya se tiene expuesto anteriormente. En consecuencia, en esta hipótesis, el Juez en la decisión final debe pronunciarse sobre la fundabilidad -positiva o negativa- de los indicados perjuicios y, por consiguiente, si ordena o no una indemnización o la adjudicación según resulte de la valoración de pruebas, así como de los indicios y presunciones que surjan del proceso[124].

83.- Los sucedáneos de los medios probatorios están constituidos por los indicios, las presunciones legales –absolutas y relativas–, las presunciones judiciales, la ficción legal. Así por ejemplo, la rebeldía declarada contra el cónyuge demandado o reconvenido causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que se produzca alguna de las circunstancias previstas en el artículo 461 del Código Procesal Civil[125].

123 Un sector importante de la doctrina (Peyrano, Wayar, Fassi, Morello) ha considerado que una de las hipótesis de flexibilización del principio de congruencia es el pedido o petitorio implícito. Cfr. Peyrano, Jorge W. Nuevas Tácticas Procesales, 1ra. edición, Rosario Santa Fe Argentina, Nova Tesis Editorial Jurídica S.R.L., 2010, p. 100. El mismo autor propone algunos alcances para la formulación de una teoría de las decisiones implícitas, las mismas que se derivan de varios supuestos. Resolución implícita inferida: a) de la simple omisión decisoria, b) del contexto decisorio, c) de lo decidido en otras cuestiones. Y aún argumenta a favor de la cosa juzgada implícita, véase en: Procedimiento Civil y Comercial 1, Rosario Santa Fe, Editorial Juris, 1991, pp. 105 y ss.

124 Carmen Julia Cabello Matamala sostiene, en principio, que no es procedente que el Juez de oficio señale una indemnización, sino que requiere alegación de la parte interesada formulada necesariamente en la demanda o, en su caso, en la reconvención: "Considerar por tanto, innecesaria la alegación de indemnización por parte del cónyuge perjudicado, asumiendo que su señalamiento debe ser de oficio, resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, como se ha alegado en los párrafos precedentes, pero además dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia que exige que el juez se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos controvertidos, respecto de los cuales se ha producido el debate probatorio, de lo contrario el pronunciamiento en relación a extremos no demandados o reconvenidos afectaría además el derecho de defensa del obligado, que al no ser emplazado no tiene la oportunidad de desvirtuar los argumentos por los cuales debería indemnizar, ni sobre el monto indemnizatorio (...). Por ello consideramos que, tanto la indemnización o adjudicación deben ser derechos alegados por su titular en el proceso judicial, en la demanda o, en su caso, en la reconvención". El Divorcio en el Derecho Iberoamericano, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Editorial Reus S.A., Madrid – España, 2009, pp. 525-550.

125 Artículo 461.- Efectos de la declaración de rebeldía.

Según nuestro ordenamiento procesal civil, la conducta procesal asumida por una de las partes en el proceso puede dar lugar a que el Juez extraiga conclusiones en contra de los intereses de tal parte, especialmente cuando sea evidente su falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o su actitud obstructiva según previsión del artículo 282 del citado cuerpo normativo126.

84.- Con relación a la forma cómo las partes en el proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto en que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconvencional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio127. Por tanto, el Juez en este tipo de procesos, como el de divorcio que se analiza, en calidad de director del proceso debe flexibilizar algunos principios como el de congruencia, formalidad, preclusión procesal, entre otros, y atender a los fines del proceso y exigencias humanas de la causa como le impone el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pero sin afectar el derecho de defensa de la otra parte ni el debido proceso en general, porque de lo que se trata es de emitir una sentencia objetiva y materialmente justa128, sobre todo atendiendo a la naturaleza del proceso, a los derechos e intereses que se discuten en el marco del Estado democrático y social de Derecho que autoproclama nuestra Constitución.

85.- Ahora bien, como ya se ha anotado anteriormente, la demanda contiene un acto de manifestación de la voluntad, que expresa el requerimiento de tutela jurisdiccional frente al Estado y a la vez la formulación de una pretensión procesal contra el demandado. También hemos anotado que el Juez al interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios

---

La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:
Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
La pretensión se sustente en un derecho indisponible;
Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
El juez declare, en resolución motivada, que no le causa convicción.

126 Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.
El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

127 El principio de contradicción se halla comprendido en el derecho de defensa, derecho a que su vez se encuentra reconocido por el artículo 139 inciso 14, que dispone en su parte pertinente: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso...".

128 En esta línea de pensamiento, Guillermo Jorge Enderle pone énfasis en la elasticidad de la forma para la búsqueda de una decisión justa, y expresa: "Cuando hablamos de flexibilización de la congruencia estamos direccionando nuestro análisis a la elasticidad en orden a la valoración de las peticiones: pretensiones-oposiciones, argumentos y pruebas, que el juez moderno deberá poseer y donde el punto nodal de halla en su decideratum: la búsqueda de una solución justa dentro del marco de un proceso justo (...). Como ha señalado la doctrina judicial, la conformidad de la sentencia con la pretensión deducida no tiene que ser absoluta y literal sino ajustarse a lo discutido y no a las palabras, vocablos o cursos de discusión con que se ha litigado: la sentencia debe ceñirse a la esencia, al contenido de la demanda, siempre claro está sin desmedro de la defensa en juicio". La Congruencia procesal, 1° edición, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 330.

formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de pruebas y el contenido de una decisión justa.

**86.-** Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el Juez al interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte -demandante o demandada- implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que ha sufrido a raíz de la separación de hecho, exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre este tema. Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos. Con estas expresiones simples de la parte interesada, ésta cumple con su carga de alegación, lo que a su vez habilita la probanza de este hecho y el deber del juez de pronunciarse sobre la existencia del cónyuge más perjudicado. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el Juez se pronunciará sobre la inexistencia de aquella condición.

Estos hechos también pueden ser alegados por la parte interesada después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el Juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

87.- En la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios pro pretensor y favor processum, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, la que en vía de interpretación no puede ser considerada[129]. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, pero también se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: ¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?

En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el Juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural[130]; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso.

En este orden de ideas, si la parte interesada alega aquellos hechos después de la fijación de los puntos controvertidos, el Juez debe correr traslado a la

129 Cfr.: Peyrano, Jorge W. Problemas y soluciones procesales. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2008, pp. 103-104.

130 La instancia plural prevista en la Constitución (artículo 139 inciso 6) tiene una configuración legal y en tal sentido se reconoce la doble instancia para el proceso civil en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil que dispone: Principio de doble instancia. El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

parte contraria para darle la oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata131, con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba de oficio que el Juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados principios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la familia monoparental que resulta como consecuencia del divorcio132.

**9.3. Carga de la prueba del cónyuge que solicita la indemnización o adjudicación.**

**88.-** Para el proceso civil en general, como es obvio, no es suficiente alegar hechos sino que deben ser probados. En esta perspectiva es necesario considerar el principio onus probandi, esto es la carga de la prueba133, la que en nuestro sistema procesal civil está regulada expresamente134.

Hernando Devis Echandía define a la carga de la prueba como la "noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar consecuencias desfavorables o favorables a la otra parte"135.

89.- La carga de la prueba contiene dos reglas: una de distribución de la carga de probar y otra de juicio. La primera regla está dirigida a las partes, y en virtud de la cual se atribuye a ellas qué hechos deben probar; el demandante tiene la carga de probar los hechos en los que funda su pretensión y el demandado los hechos que sustenta sus defensas. La segunda, es una regla de juicio dirigida al Juez que establece cómo debe considerar la probanza de los hechos y, por tanto la fundabilidad de la pretensión o, en su caso, de las defensas, ante la ausencia o deficiencia de pruebas en el proceso que va fallar.

131 Constituyen **pruebas de actuación inmediata** aquellas que no requieren de audiencia o diligenciamiento previo para ser objeto de valoración, tales como cualquier prueba que ya ha sido incorporada al proceso principal o a sus acompañados (prueba trasladada, con las condiciones de ley), la prueba documental en cualquiera de sus formas, una pericia de parte, etc.

132 Doctrina autorizada admite la posibilidad de que el demandante pueda introducir nuevas causas de pedir, representadas por hechos nuevos pero constitutivos del mismo derecho pretendido por el actor en la demanda. Con semejante criterio también se admite que el demandado, después de la contestación de la demanda, pueda aducir nuevas alegaciones y hechos, siempre que sea sometida al contradictorio. Cfr. Dos Santos Bedaque, José Roberto. Efectividad del Proceso y Técnica Procesal, traducción Juan José Monroy Palacios y Christian Delgado Suárez, 1ra edición, Lima Perú, Librería Communitas E.I.R.L., 2010, pp. 191 y 193.

133 En la doctrina se ha establecido la diferencia entre carga y obligación o deber procesal: en la primera el litigante no tiene el imperativo de cumplir una determinada conducta, sino que es una exigencia de que la cumpla para que obtenga una consecuencia favorable dentro del proceso. En la obligación procesal el sujeto tiene el imperativo de cumplir una conducta, que de no hacerlo se le impone una sanción jurídica; por tanto, en la carga procesal el vínculo se impone al sujeto en su propio interés, en tanto que en la obligación tal vínculo se impone en interés ajeno. Cfr.: Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. Bogotá, Temis, 2002, p. 401.

134 Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

135 Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales, Tomo II, novena edición, Bogotá, Editorial ABC, 1988, p. 149.

Como se ha visto, en el tipo de divorcio que se viene analizando, la parte demandante puede acumular una pretensión accesoria de indemnización de daños, o la adjudicación de bienes, derivados de la separación de hecho; y, de forma similar, la parte demandada puede reconvenir similar pretensión, alegando ser el cónyuge más perjudicado. Después de los actos postulatorios las partes también pueden solicitar cualquiera de aquellos dos extremos ofreciendo las pruebas pertinentes, o simplemente pueden alegar hechos concretos sobre ello en cualquier estado del proceso. Si esto último ocurre, el Juez correrá traslado a la otra parte, la que también podrá ofrecer pruebas de actuación inmediata.

En el caso concreto que nos ocupa, la carga de probar de la demandada que pretende la indemnización resulta inevitable por haber reconvenido este concepto. En consecuencia, le corresponde la carga de probar los hechos en que se sustenta el perjuicio alegado.

El consorte pretensor tiene la carga de probar que es el más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí. La parte interesada asume la carga de probar los hechos referidos al menoscabo económico y al daño personal. Si la parte no aporta prueba para acreditar el perjuicio invocado, el Juez desestimará este extremo, salvo que del proceso resulte alegaciones, pruebas, presunciones e indicios idóneos para identificar al cónyuge perjudicado y, por tanto habilitado para pronunciarse sobre la indemnización señalada por la ley[136].

90.- No obstante la carga de la prueba que tiene la parte interesada, el Juez puede disponer de oficio la actuación de la prueba pertinente, de conformidad con la norma contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil; prueba de oficio que debe disponerla si alguna de las partes alegó perjuicios a consecuencia de la separación. No está demás precisar que la iniciativa probatoria del Juez tiene límites: a) se circunscribirá a los hechos alegados por las partes, aún cuando en el tipo de divorcio que analizamos, no se haya formulado pretensión pero si hechos respecto a los perjuicios, b) debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

Por tanto, debe existir una comunidad de esfuerzos entre la actividad probatoria de las partes y la iniciativa oficiosa del juez para establecer en el proceso la verdad jurídica objetiva, la que debe constituirse en una de las piedras basales de una decisión justa[137].

136 Así también lo estableció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2366-2009 (Lima Norte), publicada el 01 de octubre del 2010, al arribar a determinadas conclusiones producto de la valoración de los hechos y de las pruebas actuadas en el caso concreto, señalando:"Que, en el presente caso, la recurrente denuncia que la Sala Superior no ha tenido en cuenta el espíritu de la norma, el cual es garantizar que el cónyuge perjudicado con la separación no vaya a quedar en desamparo producto de una situación que no ha provocado, y en autos quedó acreditado que la impugnante sufrió el abandono del accionante cuando sus cinco hijos eran menores de edad. Este Supremo Tribunal coincide con la recurrente, pues el Colegiado Superior no ha apreciado adecuadamente esta circunstancia especial, ni los subsecuentes hechos que de ella se derivaron, como son el que la demandada hubiera tenido que recurrir al Poder Judicial para demandar el pago de alimentos para sus menores hijos (lo que significa que el padre fue obligado compulsivamente a prestarlos ante su evidente negativa), así como denunciar el delito de abandono familiar por la falta de pago de pensiones devengadas, obteniendo en ambos casos sentencias favorables que grafican el evidente abandono material que sufrió la impugnante conjuntamente con sus hijos".

137 Con toda razón José Luis Blanco Gómez, con cita de Montero Aroca, concluye en este tema afirmando: "... en consecuencia,

Si bien el artículo 480, in fine, del Código Procesal Civil, dispone que los procesos sobre separación de cuerpos y divorcio por causales sólo deben impulsarse a pedido de parte, esta norma no impide en modo alguno que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y con mayor razón tratándose de este tipo de procesos.

91.- En cuanto al daño moral, a los efectos de la carga probatoria, debe considerarse comprendido dentro del daño a la persona. Por otra parte, la culpabilidad del cónyuge, como se ha anotado, no es requisito para la configuración de esta causal de divorcio. En cambio, la parte que alegó el perjuicio puede probar la culpa del otro cónyuge en los hechos que motivaron la separación de hecho con la finalidad de justificar una mayor indemnización.

## 10. LA RECONVENCIÓN FORMULADA POR LA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO.

92.- La demandada Catalina Ortiz Velasco en su escrito de fojas 91, subsanado a fojas 111, además de contestar la demanda, ha formulado reconvención, solicitando que el demandante la indemnice por daño moral y personal, pagándole por concepto de daños y perjuicios la suma de S/.250,000.00 (doscientos cincuenta mil nuevos soles), sustentando su pretensión en los hechos que expone en el indicado escrito. Tramitado el proceso según su naturaleza procesal, el Juez expide sentencia a fojas 313 y siguientes, declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, y además, entre otros, fundada en parte la reconvención sobre indemnización por *daño moral*; en consecuencia, ordena que el demandante pague por concepto de indemnización a favor de la demandada la suma S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles).

### 10.1.La reconvención y la sentencia de primera instancia.

93.- La sentencia entre otros, ampara la reconvención de la demandada en la parte referida al daño moral y establece que ha sufrido menoscabo en su esfera moral, afectándose sus sentimientos al no continuar vigente el matrimonio y mantener una familia. Se sustenta esencialmente en que de la conducta del demandante se concluye que: a) ha recibido asistencia económica de su esposa para labrarse un futuro mejor, b) ha promovido actos de violencia física en agravio de la demandada, c) ha rehuido el cumplimiento de su obligación alimentaria a favor de la demandada e hijos, motivando se le siga un proceso de alimentos para conminarlo a que cumpla con aquella obligación, d) ha iniciado un proceso judicial de divorcio; por lo que resulta innegable que con la conducta del demandante se ha producido el quebrantamiento de los deberes de asistencia y vida en común.

---

los poderes instructorios conferidos al juez convierten la etapa probatoria del proceso civil en una auténtica comunidad de esfuerzos, del juez y las partes. De ahí la acertada diferenciación de Montero Aroca, quien distingue entre actos de demostración y de verificación. En los primeros se incluyen los originados por las partes y, en los segundos, los provenientes de la iniciativa del juzgador, aunque al final tanto los unos, como los otros, confluyan al mismo punto". Sistema dispositivo y prueba de oficio, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 101.

Así mismo, para los efectos de determinar el monto indemnizatorio, por la propia naturaleza extrapatrimonial: a) se recurre a la discrecionalidad del magistrado, b) se toma en cuenta el tiempo de separación de hecho, c) también el tiempo que desatendió las necesidades básicas de la demandada e hijos y, d) que subsiste la pensión alimenticia a favor de la demandada.

**10.2. La reconvención y la sentencia de segunda instancia.**

**94.-** La Sala Superior ha revocado sólo en el extremo que declaraba fundada la pretensión de régimen de visitas –en razón de que los hijos eran ya mayores de edad- y reformándola ha declarado sin objeto este pronunciamiento por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se confirmó, entre otros, el monto indemnizatorio de S/.10,000.00 (diez mil nuevos soles) fijado por el Juez.

En segunda instancia, se ha establecido que la demandada: a) es cónyuge perjudicada, pues no motivó la separación de hecho, b) cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común, c) posteriormente asumió la tenencia y educación de los hijos, d) asumió los gastos para la obtención del título de docente del demandante.

Calificando estos hechos, la Sala Superior concluye que la demandada es la cónyuge inocente y además perjudicada, lo que permite al juzgador señalar una indemnización por el daño y perjuicio sufrido, debido a la aflicción de los sentimientos y la frustración del proyecto de vida matrimonial, y que se trata de un supuesto de responsabilidad civil familiar de tipo contractual.

También la Sala estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada así como reparar los daños a su persona fijando una indemnización, más aún si se tiene en cuenta el abandono moral en que se encuentra la demandada y sus hijos, quienes tuvieron que recurrir al Poder Judicial para obtener una pensión alimenticia, incluso vía prorrateo de alimentos, quedando desvirtuados los argumentos de recurso de apelación.

En criterio del Colegiado Superior, el monto indemnizatorio fijado por el Juez corresponde a su prudente arbitrio, habiéndose considerado el interés familiar y lo actuado en el proceso, tanto más que no es posible adjudicarle bienes de modo que compense su mayor perjuicio.

En resumen, el Juez, amparando la reconvención en parte, ha señalado un monto indemnizatorio sólo por concepto de daño moral; mientras que la Sala Superior al confirmar la sentencia del Juez ha considerado a la demandada como cónyuge inocente y perjudicada, estimando que ello permite determinar una indemnización a favor de ésta por el daño y perjuicio sufrido.

Por lo tanto, la Sala concluye que la indemnización debe cubrir el daño y perjuicio sufrido por la demandada, mientras que el Juez reduce el ámbito de la indemnización y lo circunscribe al daño moral.

**10.3. Análisis de las sentencias de primera y segunda instancia.**

**95.-** En relación al principio de congruencia, aplicable al tema de la indemnización, debe considerarse que la demandada ha solicitado expresamente el pago de una indemnización y al efecto ha formulado reconvención en la forma de ley. En tal sentido, se fijó como uno de los puntos controvertidos: "establecer si producto de la conducta asumida por el demandante se han generado daños en la demandada, la[s] que son de responsabilidad del demandante, en su caso cuál es el monto indemnizatorio".

El Juez y la Sala Superior se han pronunciado sobre esta pretensión reconvencional, estimándola en parte. Por tanto, las instancias de mérito han observado el principio de congruencia procesal al haberse pronunciado sobre el petitorio y los hechos alegados por la demandada en su reconvención, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Sin embargo, como se tiene anotado, también es suficiente que la parte interesada –demandante o demandada– haya alegado en primera instancia hechos relacionados con su calidad de cónyuge más perjudicada para que el Juez tenga que pronunciarse en la sentencia sobre tal petición implícita y, los hechos concretos alegados por la parte, respetando el derecho de defensa de la parte contraria.

96.- No obstante, en cuanto a los argumentos de la sentencia de primera instancia, es necesario precisar lo siguiente:

**A)** La asistencia económica de la demandada a favor del actor para que estudie y obtenga el título de pedagogo, si bien puede generar un daño moral, también origina un desequilibrio económico en la demandada, pues dicha asistencia fue en el entendido que era para que el demandante se forje un futuro mejor para el bienestar personal no sólo de él sino de la familia; lo que se halla probado con las cartas de fojas 59 a 68, en donde el mismo actor solicita a la demandada diferentes sumas de dinero para sus estudios referidos y así también lo reconoce el propio demandante. Con los documentos de fojas 69, 70, 71 y 72 se prueba que la demandada tuvo que efectuarse un préstamo de dinero en cuatro oportunidades para la tesis y graduación del actor. Esta asistencia y esfuerzo económico de la demandada no fue compensado por el actor, produciéndose un evidente desequilibrio económico; en consecuencia, el perjuicio a la demandada rebasó el daño moral.

**B)** En cuanto a los actos de violencia promovidos contra la demandada, no solamente producen un daño moral en sentido estricto sino que generan un daño a la persona[138]. En el proceso se ha acreditado que la demandada sufrió agresiones físicas y violencia moral, como resulta del acta de conciliación de fojas 74, documento privado de transacción extrajudicial

138 Como se ha dicho nuestro Código Civil vigente reconoce el daño a la persona y el daño moral, auque no en forma sistemática; en consecuencia, correlacionando estos dos conceptos, se ha establecido que el daño a la persona es el género y el daño moral es la especie, en el sentido de que el daño moral está comprendido dentro del daño a la persona; empero, en algunos casos el propio Código (artículo 1322) utiliza ambos conceptos como sinónimos.

de fojas 75 y 75 vuelta, del acta de compromiso y desistimiento entre las partes y de la manifestación policial de fojas 77, documentos en los cuales el actor reconoce ser autor de los maltratos físicos y morales, aunque alega que la culpa es de la demandada porque es celosa. Así mismo, de las constancias de fojas 83 y 84, de los cuatro certificados médicos legales de fojas 85 a 88 se corrobora las lesiones corporales sufridas por la demandada, tales como equimosis con hematoma peripalpebral izquierdo en pirámide nasal con desviación de tabique nasal hacia la derecha; además de otros hematomas, excoriaciones y equimosis en diferentes partes del cuerpo, en distintas fechas. En consecuencia, no solamente se ha producido perjuicios de carácter moral, por las tribulaciones, sufrimientos psicológicos y angustias sino también daños a la persona por las lesiones corporales y vulneración a la integridad física de la demandada. En consecuencia, y tal como lo ha señalado la sentencia de segunda instancia, por consiguiente se ha producido daños a la persona de la emplazada.

**C) Sobre el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del demandante a favor de la demandada e hijos, lo que determinó que fuera demandado judicialmente para su cumplimiento (Exp. N° 177-1997), debe ser tomado en cuenta como elemento de convicción relevante para considerar a la emplazada como cónyuge más perjudicada. Uno de los efectos directos e inmediatos de la separación de hecho fue el incumplimiento de sus obligaciones legales alimentarias del actor a favor de su cónyuge e hijos, casi todos ellos entonces menores de edad, lo que constituye una forma evidente de perjuicio.**

**D) Con relación al inicio del presente proceso de divorcio, en principio ello no puede generar ningún tipo de responsabilidad y por consiguiente ninguna obligación. El requerimiento de tutela jurisdiccional efectuado por el actor mediante el ejercicio regular del derecho de acción no origina perjuicios ilegítimos, no solamente por estar prevista la aludida pretensión de divorcio en el ordenamiento jurídico, sino porque además no se ha acreditado que el derecho de acción fuera ejercitado en forma arbitraria o irregular para que genere tal responsabilidad como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Civil[139]. Tan cierto es ello que la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho que da origen a este proceso ha sido amparada por las dos instancias de mérito[140].**

97.- En lo referente a los argumentos y fundamentos de la sentencia de vista también se advierte que:

139 Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil. Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

140 El ejercicio arbitrario o irregular del derecho de acción tiene lugar cuando la pretensión es manifiestamente infundada o ambigua, o se sustenta en hechos evidentemente falsos o con intensiones dolosas, tal ocurre cuando se elige la vía más perjudicial para el adversario, la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa, o cuando se despliega una actividad procesal que encierra engaño, temeridad o malicia, o cuando se recurre al proceso sin necesidad de ello. El ejercicio abusivo también puede darse en el curso de la actividad procesal (la acción se ejercita durante todo el proceso). Cfr.: Gozaíni, Osvaldo Alfredo. Temeridad y Malicia en el Proceso, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, p. 175.

**A) Como se tiene anotado, la culpabilidad del cónyuge no es requisito del divorcio remedio; empero, este elemento subjetivo puede ser tomado en cuenta en la determinación del cuantum indemnizatorio, y así lo hace la sentencia. En esta perspectiva, se argumenta que la demandada es cónyuge inocente, pues no dio motivo a la separación de hecho, por el contrario cumplió con los deberes matrimoniales durante el periodo de vida en común y asumió la tenencia y educación de los hijos. También puede observarse que la referida sala, al igual que el juzgado, justifica la indemnización en el hecho de que la demandada es quien asumió los gastos para que el actor obtuviera su título de docente.**

**B) Así mismo, la Sala Superior estima que le corresponde velar por la estabilidad económica de la consorte perjudicada. Sin embargo, no expone las razones puntuales por cuales habría existido un desequilibrio económico, como sería el de: a) relacionar la situación material de un cónyuge respecto del otro y simultáneamente comparar la situación material resultante del cónyuge que se considera más perjudicado con la que tenía durante el matrimonio. De otro lado, la sentencia mencionada sustenta en parte la indemnización en la frustración del "proyecto de vida matrimonial"; concepto que como hemos visto es discutible y con un fuerte ingrediente de subjetividad, pero que además la Sala no precisa cuáles son en concreto las probabilidades de realización de la persona de la demandada que quedan truncas a consecuencia de la frustración del citado proyecto de vida.**

## 11. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

98.- En el recurso de casación interpuesto por el actor, éste invocó como infracción normativa la aplicación indebida del artículo 345-A del Código Civil, alegando que la reconvención se sustentó en su presunta infidelidad con otra mujer, pero tal hecho no ha sido acreditado por la demandada. También alegó que la Sala Superior llegó a la convicción de que la demandada es la consorte inocente y perjudicada, sin haberse probado las causales determinantes de los daños y perjuicios ni del daño moral, pues no se probó que el recurrente hubiere contraído compromiso con otra mujer, como sería una partida de nacimiento de hijo extramatrimonial.

También el recurrente invocó como causal casatoria la infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, alegando que las sentencias del Juez y de la Sala Superior son contradictorias, pues el primero omite pronunciarse sobre la supuesta infidelidad del recurrente, mientras que la Sala asevera la inocencia y perjuicios supuestos de la demandada, de lo que concluye que no existe una adecuada motivación.

99.- Como puede apreciarse de la reconvención, la misma se sustentó esencialmente en que la demandada le remitía dinero al actor para solventar sus estudios y manutención en la ciudad de Juliaca, que además tuvo que efectuarse un prestamo dinero para remitírselo, que cuando fue a visitarlo a la Escuela de Huancho fue avergonzada y golpeada al extremo de dejarla

inconsciente, y que tales maltratos sucedieron continuamente. Dentro de los bienes gananciales adquiridos afirma que debe considerarse cinco máquinas de tejer y doscientas veinticinco varillas de fierro para construcción, bienes que fueron vendidos por el actor, además de llevarse éste el dinero ahorrado ascendente a US$.6,000.00 (seis mil dólares americanos), dejándola en el más completo abandono moral y material.

Si bien se aprecia que en la citada reconvención la demandada también afirmó que el actor la ha dejado por irse con una profesora y que nunca volvió a preocuparse por sus hijos ni a visitarlos, también es cierto que la supuesta relación con tercera persona no constituye el único hecho sustentatorio de la reconvención, y en todo caso, ésta ha sido amparada por los otros hechos alegados y probados.

100.- La Sala Superior ha llegado a la convicción de que la emplazada es la más perjudicada, por los fundamentos que se detallan en la propia sentencia de vista, valorando las pruebas aportadas al proceso, y en donde no se pronuncia sobre la supuesta infidelidad del actor (que sustentaría en parte el daño moral), no obstante dicha omisión no causa la nulidad de la sentencia de vista por no ser un hecho relevante y único de la reconvención, y además la eventual subsanación no cambiará el sentido de la resolución impugnada.

101.- En cuanto a la alegada infracción de la norma contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, no se aprecia contradicción entre las dos sentencias de mérito, ya que como se ha anotado la supuesta infidelidad del recurrente no es el único hecho que sustenta la reconvención y la omisión de su pronunciamiento no constituye causal de nulidad insubsanable. La Sala Superior ha motivado adecuadamente no sólo en cuanto a la pretensión principal de divorcio por separación de hecho sino también en cuanto a la reconvención, y particularmente ha motivado fáctica y jurídicamente la fundabilidad de la pretensión reconvencional interpuesta por la demandada, considerando a ésta como la cónyuge perjudicada; en tal sentido, tampoco se verifica infracción a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso tutelado por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión, y por todas estas consideraciones, el recurso de casación interpuesto por el demandante René Huaquipaco Hanco debe ser declarado infundado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 397 del Código Procesal Civil.

## 12. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA Y EL PRECEDENTE JUDICIAL.

102.- El precedente judicial que se establece en mérito a la presente resolución tiene fuerza vinculatoria para los jueces de todas las instancias y órganos jurisdiccionales de la República[141] de conformidad con lo dispuesto por

141 El precedente judicial establece reglas o criterios cualificados de interpretación y aplicación del derecho objetivo, que resultan de observancia obligatoria por los jueces de todas las instancias; en virtud de cuyas reglas deben resolver los casos esencialmente semejantes de forma similar al resuelto en la casación que origina el precedente.

el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley 29364; por consiguiente, es de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación oficial para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil). No será vinculante para los casos ya resueltos pasados en autoridad de cosa juzgada.

## IV. FALLO:

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y de la Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

**Primero.** Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas 426 a 430, su fecha 22 de setiembre del 2010, expedida por la Sala Civil de San Román – Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno.,

**Segundo.** Así mismo, declara que **CONSTITUYE PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

**1.** En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene **facultades tuitivas** y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

**2.** En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

**3.** Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

**3.1.** A pedido de parte, podrá formularse tal **pretensión** en los actos postulatorios,

ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

**3.2.** De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

3.5. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

**4.** Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: **a)** el grado de afectación emocional o psicológica; **b)** la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; **c)** si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; **d)** si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancia relevantes.

**5.** El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

**6.** La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo.

**SS.**

**LUIS FELIPE ALMENARA BRYSON** **RAMIRO DE VALDIVIA CANO**

**VÍCTOR TICONA POSTIGO** **ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ**

**ANDRÉS CAROAJULCA BUSTAMANTE** **SABINO LEÓN RAMÍREZ**

**JOSÉ ALBERTO PALOMINO GARCÍA** **RICARDO GUILLERMO VINATEA MEDINA**

**FRANCISCO MIRANDA MOLINA** **ARISTÓTELES ÁLVAREZ LÓPEZ**

**Carmen Rosa Champac Cabezas**

**Relatora**

**LA SEÑORA RELATORA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO RAMIRO DE VALDIVIA CANO, ES COMO SIGUE:**

En Lima, a los dieciocho días del mes de marzo del dos mil once, el Juez Supremo que suscribe ha propuesto el siguiente voto singular, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Además de las consideraciones planteadas en el voto mayoritario, es necesario enfatizar los siguientes aspectos:

## I. EL FIN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

La persona humana es el fundamento y el fin de la convivencia política. Dotado de racionalidad, el hombre es responsable de sus propias decisiones y capaz de perseguir proyectos que dan sentido a su vida, en el plano individual y social. La apertura a los demás es el rasgo que la caracteriza y la distingue: en relación con los demás, la persona humana alcanza su plena y completa realización. Esto significa que por ser una criatura social y política por naturaleza, la vida social no es, pues, para el hombre sobrecarga accidental. Es una dimensión esencial e ineludible. La comunidad política, realidad connatural a los hombres, existe para obtener un fin de otra manera inalcanzable: el crecimiento más completo de cada uno de sus miembros, llamados a colaborar establemente para realizar el bien común.

La persona es, desde el punto de vista ontológico anterior a la comunidad política. El respeto de su dignidad mediante la tutela y la promoción de los derechos fundamentales e inalienables del hombre tiene que reflejarse en normas objetivas para garantizar la satisfacción de las exigencias humanas fundamentales. Si no hay una acción apropiada de los poderes públicos sólo se produce entre los ciudadanos un mayor número de desigualdades –lo que hace que los derechos de la persona humana pierdan eficacia y se conviertan en propuestas retóricas–.

Estas políticas deben evitar que la preferencia dada a los derechos de algunos particulares venga a cohonestar su posición de privilegio: La posición de privilegio del o la cónyuge que en el interior de la comunidad familiar tiene el poder económico, de quien tiene trabajo remunerado, de quien tiene la posibilidad de coaccionar, chantajear, verter amenazas y cumplirlas frente al menos favorecido. En contra de la parte débil de la relación conyugal que, en el Perú, no puede defenderse de la violencia familiar ni la violencia sexual, ni tiene capacidad económica, social o cultural para acercarse a un abogado, para demandar, para defenderse judicialmente, para ofrecer prueba o actuarla o para reconvenir; o si está interesado/a, procesalmente, en defender la vigencia del matrimonio antes que en reclamar la vigencia de sus derechos personales.

## II. LA SOCIEDAD Y EL ESTADO AL SERVICIO DE LA FAMILIA

La norma legal debe enfatizar una relación correcta y constructiva entre la familia, la sociedad y el Estado; la prioridad social de la familia; el deber fundamental de respetar

y promover el matrimonio y la familia; garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña. El respeto y la promoción de los derechos de la familia.

Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas. Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas sólo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

En un régimen de economía social de mercado, la relación que se da entre la familia y la vida económica es significativa. La familia es protagonista esencial de la vida económica, orientada no por el consumismo sino según la lógica del compartir y de la solidaridad entre las generaciones.

La aportación que la familia puede ofrecer a la realidad del trabajo es preciosa, y por muchas razones, insustituible. Se trata de una contribución que se expresa tanto en términos económicos como a través de los vastos recursos de solidaridad que la familia posee. Estos últimos constituyen un apoyo importante para quien, en la familia, se encuentra al cuidado de los hijos y de la familia; o sin trabajo remunerado. Pero más radicalmente aún, es una contribución que se realiza con la educación al sentido del trabajo y la responsabilidad social.

En la relación entre la familia y el trabajo, las labores de cuidado familiar, comenzando por las de la madre, precisamente porque están orientadas y dedicadas al servicio de la calidad de la vida, constituyen un tipo de actividad laboral que debe ser socialmente reconocida y valorada y otorgársele las posibilidades para desarrollar plenamente sus funciones maternas. (Juan Pablo II, Carta enc. Laborem exercens, 19: AAS 73 1981)

**III.- LA SOLIDARIDAD Y LOS PROCESOS DE FAMILIA.**

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo declara el artículo 1 de la Carta Política de 1993. El fin de la vida social es el bien común históricamente realizable. El bien común de la sociedad no es un fin autárquico, pues sólo tiene valor en relación al logro de los fines últimos de la persona y al bien común de todos, incluyendo a quienes no les es factible la defensa judicial de sus derechos. La responsabilidad de implementar el bien común compete tanto a las personas particulares como al Estado, porque el bien común es la

razón de ser de la autoridad política. Esta responsabilidad es aún más clamorosa en sociedades en las que ni la persona ni la familia están en condiciones de alcanzar por sí mismas su pleno desarrollo; en sociedades que son abatidas por el consumismo, el relativismo, el hedonismo y el egoísmo. De ahí deriva la delicada función del poder público y la necesidad de las instituciones políticas de hacer accesibles a todas las personas los medios necesarios para la búsqueda de una vida auténticamente humana; conciliando con la justicia los diversos intereses particulares.

En esta perspectiva, aquellos funcionarios e instituciones a quienes compete la responsabilidad de la administración de justicia están obligados a fomentar el bien común en la perspectiva del bien efectivo de todos los miembros de la comunidad civil.

**3.a) La solidaridad como principio social**

Las nuevas relaciones de interdependencia entre hombres deben transformarse en relaciones que tiendan hacia una verdadera y propia solidaridad ético-social. La solidaridad no es sólo una fundamental virtud moral y social. Es también un principio social ordenador de las instituciones, mediante la creación o la oportuna modificación de ordenamientos jurídicos, políticos y económicos.

La solidaridad es también, "la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común; es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos". (Juan Pablo II, Carta enc. Sollicitudo rei socialis, 38:1988 565-566).

**3.b) Solidaridad y crecimiento común de los hombres**

El término «solidaridad», se traduce en la aportación positiva que nunca debe faltar a la causa común, en la búsqueda de los puntos de posible entendimiento incluso allí donde prevalece una lógica de separación y fragmentación.

El principio de solidaridad implica que gobernantes y gobernados cultiven la conciencia de la deuda que tienen con la sociedad. Son deudores de aquellas condiciones que facilitan la existencia humana.

Tal deuda se aligera con las diversas manifestaciones de la actuación de los funcionarios públicos que tienen la posibilidad o la obligación social y ética de contribuir a que el camino de los hombres no se interrumpa, ni aún ante situaciones adversas, sino que permanezca abierto para las generaciones presentes y futuras.

**3.c) Solidaridad familiar**

La subjetividad social de las familias se expresa también con manifestaciones de solidaridad y ayuda mutua y con mayor razón cuando la enfermedad, la pobreza, la injusticia, la edad o el individualismo atacan la familia y el matrimonio. Se trata de la consecuencia de la realidad familiar. La solidaridad pertenece a la familia como elemento constitutivo y estructural.

Es una solidaridad que puede asumir el rostro del servicio que persigue el derecho y de la atención a cuantos viven las consecuencias del relativismo, el hedonismo, el egoísmo y el consumismo; que se hace voz ante las instituciones de cualquier situación de carencia, para que intervengan según sus finalidades específicas.

Las familias, lejos de ser sólo objeto de la acción política, pueden y deben ser sujeto de esta actividad, movilizándose para «procurar que las leyes y las instituciones del Estado no sólo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente los derechos y deberes de la familia. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser "protagonistas" de la llamada "política familiar" y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad». (Juan Pablo II, Exh. ap. Familiaris consortio, 44: (1982) 136; Santa Sede, Carta de los derechos de la familia, artículo 9).

También debe considerarse que el artículo 335 del Código Civil establece que "Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio"; pese a que este principio universal haya sido transgredido en el texto del artículo 333 inciso 12 del propio Código Civil.

Por las razones expuestas, de conformidad con la norma prevista en los artículos 143 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 400 del Código Procesal Civil: el Juez que suscribe se adhiere al voto unánime que:

**a)** Declara **INFUNDADO** en recurso de casación interpuesto por don René Huaquipaco Hanco y, en consecuencia, **NO CASA** la sentencia de vista que corre de fojas 426 a 430.

**b)** Declara que deben **CONSTITUIR PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

**1.** En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, violencia familiar, los jueces tienen obligaciones y facultades tuitivas y se flexibiliza los principios y normas procesales sobre iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, entre otros, en razón de las responsabilidades constitucionales sobre protección de la familia y promoción del matrimonio; la naturaleza de los conflictos que deben solucionar derivados de las relaciones sociales, familiares e interpersonales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política del Estado cuyos artículos 1, 2, inciso 1, 4 y 43 consagran, respectivamente:

Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado;

La protección especial: al niño, al adolescente, a la madre, y al anciano. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece.

Así como reconoce la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho.

2.- En los procesos sobre divorcio y de separación de cuerpos los jueces tienen el deber de velar, de oficio, por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil; aún si ello no hubiese sido demandado, ni reconvenido ni alegado. Se trata de una obligación constitucional y su fundamento es la equidad y la solidaridad.

3.- El derecho reconocido en el artículo 345-A del Código Civil es irrenunciable pues está referido a una obligación constitucional del Estado, la sociedad y de la parte ofensora, cuyo fundamento es la equidad y la solidaridad.

4.- En consecuencia, a pedido de parte o de oficio, los jueces deberán señalar con criterio de conciencia, con arreglo a la sana crítica y de acuerdo a cada caso una indemnización por las responsabilidades en que hubiere incurrido el cónyuge que incumpla sus deberes familiares; lo que incluye el daño a la persona y el daño moral, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos, gananciales, derechos hereditarios, providencias en beneficio de los hijos que pudiera corresponderle.

5.- Para que proceda el reconocimiento judicial de los derechos reconocidos por el artículo 345-A del Código Civil la actuación de oficio o el pedido de parte podrán ser formulados en cualquier estado del proceso. En todo caso, los jueces deberán garantizar a las partes el ejercicio del principio de contradicción, de su derecho constitucional a la instancia plural y de defensa.

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano", teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso sobre divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Hanco en contra de Catalina Ortiz Velazco.

**Sr. RAMIRO DE VALDIVIA CANO**

**Carmen Rosa Champac Cabezas**

**Relatora**

# ANEXOS

## Ideas presentadas por el *Amicus Curiae*
## Dr. Leysser León Hilario

LEYSSER L. LEÓN HILARIO

Lima, 10 de diciembre de 2010

Señores
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**
Palacio de Justicia S/N
Lima.-

C.c. **Dra. Liz Rebaza Vásquez**
**Centro de Investigaciones Judiciales**
**del Poder Judicial (CIPJ)**
Ref. **Pleno Casatorio Civil**

Saludando vuestra iniciativa para la realización del Tercer Pleno Casatorio Civil, el próximo miércoles 15 de diciembre, en torno de las interpretaciones judiciales divergentes de las consecuencias jurídicas de la separación de hecho, en el marco del artículo 345-A del Código Civil, me dirijo a ustedes en mi calidad de profesor universitario, especializado en derecho civil, para solicitar formalmente:

> Que se me permita exponer de manera oral y sintética, y por el tiempo que el Colegiado determine, la comunicación académica adjunta, que resume mi posición en torno de la problemática materia de estudio, reiteradamente expuesta en diversas conferencias, talleres de formación de magistrados y ensayos académicos.

Agradecido de vuestra atención, y sin otro particular, quedo de ustedes.

Muy atentamente

**LEYSSER LEÓN HILARIO**
Doctor en Derecho – Abogado
Catedrático de Derecho Civil

## COMUNICACIÓN AL PLENO CASATORIO CIVIL

1. Desde su inserción en el Código Civil, en el año 2001, artículo 345-A ha sido objeto de interpretaciones contradictorias, motivadas, preeminentemente por la referencia que efectúa a la obligación de los magistrados a "velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado" por una separación de hecho.

2. La confusión se ahonda por la inmediata y sucesiva exigencia de tener en cuenta el "daño personal", indicación que ha suscitado en múltiples ocasiones el otorgamiento de resarcimientos, propiamente dichos, para cuya cuantificación se toma en cuenta una figura sin fundamento jurídico ni legal cierto en nuestro ordenamiento: el llamado "daño al proyecto de vida matrimonial".

3. Un análisis estrictamente jurídico del precepto bajo comentario revela, en sentido contrario a la interpretación judicial corriente, que el artículo 345-A del Código Civil no reglamenta, en modo alguno, un supuesto de responsabilidad civil.

4. En efecto, el artículo 345-A del Código Civil es uno donde es imposible advertir los elementos del juicio de responsabilidad, a saber: el daño, la causalidad y el criterio de imputación.

5. En cuanto al daño, basta hacer notar que la separación de hecho, por sí misma, no representa un daño "resarcible" desde la óptica de la responsabilidad civil. Como es fácil de advertir, se trata de una hipótesis que no coincide con ninguna de las tradicionales voces de daño: el daño material (daño emergente y el lucro cesante) y el daño moral (padecimiento anímico, sufrimiento, dolor y, a la vez, violación de derechos de la personalidad).

6. Separarse, muy por el contrario, representa muchas veces la solución (si no es que la única solución) a la imposibilidad sobrevenida de la convivencia entre los cónyuges.

   Una prestigiosa cultora del derecho de familia, la profesora Gilda Ferrando, de la Universidad de Génova, ha anotado, en tal sentido, que "la libertad de apartarse de un vínculo devenido intolerable sólo puede significar que *no son resarcibles daños que sean consecuencia directa de dicha ruptura: por ejemplo, en el plano patrimonial, perder las ventajas sociales y económicas que aseguraba el matrimonio, y en el plano afectivo, el sufrimiento psicológico ligado con la fractura, sentimiento de culpa, frustración, pérdida de autoestima, a menudo dependiente de la crisis*" (FERRANDO, Gilda, citada por PILLA, Vittorio, "*La responsabilità civile nella famiglia*", reimpresión, Zanichelli, Bolonia, 2006, p. 213-214).

7. El supuesto "daño al proyecto de vida matrimonial", además de no tener fundamento legal atendible en nuestro derecho, es claramente irresarcible:

   a) No puede ser cubierto mediante un contrato de seguro.
   b) Resulta siempre discriminatorio, ya que los jueces tienden a diferenciar los "proyectos de vida" exclusivamente en función de la posición social y de la capacidad económica de la parte gravada con la "indemnización".
   c) Es incuantificable sobre bases ciertas.

8. En cuanto a la causalidad, el análisis que se practica en la aplicación del artículo 345-A del Código Civil siempre es incompleto, debido a que la norma circunscribe el examen a las posiciones de los separados. En otros ordenamientos jurídicos, como el francés y el italiano, ya existen precedentes en los cuales, por el contrario, los jueces prestan atención al comportamiento de terceros, a los cuales, de ser el caso, cabe extender el juicio de responsabilidad civil, cuando su participación es la que determina la violación de los deberes nacidos del matrimonio (típico es el caso de los amantes, a los cuales, más de una vez, los jueces franceses e italianos han impuesto medidas resarcitorias por inducir a la infracción del deber de fidelidad conyugal).

9. Finalmente, en cuanto al criterio de imputación, el artículo 345-A del Código Civil no indica cuál sería la razón de ser de la supuesta responsabilidad civil derivada de la separación de hecho. No se señala si es el dolo o la culpa, y por ello, el carácter subjetivo estaría excluido. A la vez, sin embargo, algo de lo que debemos estar seguros es de que el criterio de imputación jamás podría ser el riesgo de empresa o la exposición al peligro, porque no nos encontramos en el marco de actividades riesgosas ni peligrosas.

10. En la experiencia de nuestra magistratura se acostumbra añadir un cuarto elemento al juicio de responsabilidad civil: la antijuridicidad. Esto representa un error, dado que nuestro derecho no la exige con carácter general, sino en casos muy particulares (la legislación de la contraloría y en materia de tutela del medio ambiente, por ejemplo). Sin embargo, dejando a un lado esta precisión, resulta innegable también que la separación de hecho no representa un "ilícito" ni un "hecho antijurídico" sino, muy por el contrario, un comportamiento autorizado y legítimo.

11. Habiendo demostrado que el artículo 345-A del Código Civil no reglamenta un caso de responsabilidad civil, resta responder a la pregunta sobre su naturaleza y alcances.

12. La "indemnización al cónyuge perjudicado" es una compensación económica especial que el legislador ha previsto por motivos de solidaridad familiar. No está basada, por lo tanto, en la comisión de un "daño resarcible", sino en la simple verificación de una situación de desbalance económico entre las partes, a raíz de la separación.

13. Lo anterior queda acreditado por la posibilidad que se concede al magistrado para sustituir la medida "indemnizatoria" con la asignación al "perjudicado" de uno de los bienes de la antigua sociedad conyugal. Esta posibilidad de alternar los remedios sería inconcebible, obviamente, en el campo de la responsabilidad civil, donde la tutela resarcitoria posee carácter exclusivo.

14. Siendo la solidaridad familiar, entonces, el real fundamento de la "indemnización" al cónyuge perjudicado, no cabe tener en cuenta para su cuantificación, ninguna voz de

resarcimiento: ni las reconocidas en el ordenamiento (daño material y moral) ni las de cuño estrictamente doctrinario y discriminatorio (daño al proyecto de vida).

15. Nada de lo expuesto significa, desde luego, que el ámbito de las relaciones entre cónyuges (o familiares, en general) esté ajeno a las reglas de la responsabilidad civil. También en dicho ámbito se presentan lesiones de las más graves, lo cual ha dado lugar a que la doctrina civil preste especial atención, de un tiempo a esta parte, a los llamados "daños endofamiliares".

Sólo que, si la magistratura decide casos verdaderos de daños endofamiliares (como los de mala administración de los bienes propios de los cónyuges, o de lesiones a los derechos de integridad física o psíquica de los cónyuges), debería ser exclusivamente con el recurso a las reglas –incluidas las de carácter probatorio– de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, fuera del ámbito de aplicación del artículo 345-A del Código Civil.

**BIBLIOGRAFÍA**

LEÓN HILARIO, Leysser. "*30,000 dólares por daños morales en un divorcio. De cómo el 'daño al proyecto de vida continúa inflando peligrosamente los resarcimientos*". En: "Diálogo con la Jurisprudencia", año 12, núm. 104, Lima, 2007, p. 77-87; ID., "*Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de la magistratura peruana*". En: "Foro Jurídico", año IV, núm. 8, Lima, 2008, p. 61-74.

Esta obra se terminó de imprimir en el mes
de diciembre del dos mil once, en los talleres gráficos de
Editora Imprenta Ríos SAC.
imprentarios@yahoo.es
Telf. 064 213547
(Tiraje: 1000 ejemplares)

**UNIDAD I: DAÑO**

**3) LA PRUEBA DEL LUCRO CESANTE. Juan Garrica martin.**

# La prueba del lucro cesante





**Juan F. Garnica Martín**
*Magistrado*
*Profesor Ordinario de la Escuela Judicial*

SUMARIO

I. Conceptos integrantes del daño: la necesidad de distinguir entre ellos
II. El concepto de lucro cesante
1. El lucro como ganancia probable
2. ¿Es resarcible la pérdida de oportunidades?
3. Lucro cesante y actividades ilícitas o inmorales
4. La distinción entre la prueba del lucro y la de su entidad o importancia

III. La tutela del lucro cesante derivado del daño personal producido en accidentes de tráfico
1. Consecuencias indeseables del sistema baremizado de resarcimiento del lucro cesante analizadas desde la perspectiva del responsable civil
2. Consecuencias indeseables del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima
3. El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro cesante

IV. La prueba del lucro cesante
1. La prueba de la existencia del lucro
2. La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada
3. Lucro cesante derivado de la paralización de vehículos industriales
4. Ganancias frustradas derivadas de la necesidad de cierre de un negocio

## I. Conceptos integrantes del daño: la necesidad de distinguir entre ellos

No resulta una cuestión discutida, ni discutible, que el daño resarcible no puede ser reducido a una idea única sino que está integrado por una pluralidad de conceptos, cada uno de los cuales presenta particularidades propias en su enjuiciamiento.

A pesar de la fortaleza conceptual de esa idea que se acaba de exponer, ha constituido una práctica muy generalizada en nuestra tradición jurídica la de que nuestros tribunales no exigieran, ni se autoexigieran tampoco, una verdadera distinción entre los diversos elementos o conceptos integrantes del daño, de forma que con frecuencia éste quedaba en la más completa indefinición, y por consiguiente indeterminación, en el momento del resarcimiento.

Fruto de esa pereza intelectual y conceptual ha sido que en nuestro derecho no se hayan definido suficientemente las pautas que el enjuiciamiento del daño exigía para hacer realidad un principio que es esencial en esta materia, el principio de la indemnidad. En lugar de afrontar esa cuestión en toda su complejidad y riqueza de matices, la idea que ha preponderado en el enjuiciamiento de nuestra responsabilidad civil fue la de la comodidad. Comodidad que tiene una doble perspectiva: (i) una comodidad argumentativa, la de no exigirse un esfuerzo de diferenciación entre los diversos conceptos de daño que, a título de mero ejemplo, pueden resultar implicados cuando alguien es atropellado por un vehículo y sufre lesiones; y (ii) también se trata de un comodidad de acreditación. Podría decirse que fundamentalmente se ha tratado siempre más de esto último que de lo primero, porque la prueba del daño, particularmente de algunos de sus aspectos, como el que nos ocupa, no resulta fácil.

Para resolver esos inconvenientes y poder asegurar un efectivo resarcimiento del daño, la práctica judicial se refugió en convenciones, en "prácticas", que a fuerza de ser repetidas por los tribunales parecieron convertirse en norma obligatoria. Así ocurrió, por ejemplo, para cuantificar los daños derivados de la incapacidad temporal: juzgados y tribunales fueron definiendo "módulos" que utilizaban como parámetro único de resarcimiento de todos los conceptos de daño que pudieran verse afectados por ese genérico concepto de "incapacidad temporal". Aunque existía una justificación razonable para esa práctica judicial tan poco propia, tan viciosa podríamos decir sin ruborizarnos, el problema fundamental que comportaba, y por el que fue especialmente denostada, fue el de la inseguridad jurídica que comportaba, porque los criterios aplicados por los diversos jueces no siempre coincidían, y el juez se podía sentir libre (y de hecho con frecuencia así ocurría) de prescindir de parámetros medios y utilizar los que personalmente le parecían más justos en el caso concreto.

El fundamento de ese sistema se encontraba en el arbitrio judicial; se partía de la idea de que el juez era libre de valorar el daño según su criterio y si aceptaba someterse a módulos definidos en la práctica judicial era porque quería, no porque tales criterios tuvieran valor obligatorio.

Un sistema de de valoración del daño en el que se había producido una completa perversión de las reglas razonables del enjuiciamiento del daño, particularmente del llamado daño personal, un sistema completamente chapucero e irracional de valoración del daño se había vuelto tan acomodaticio que no era esencialmente criticado en sus propios fundamentos, que era donde se encontraba el mal, sino por cuestiones puramente accesorias, porque el sistema se había vuelto tan caprichoso que la seguridad jurídica resultaba comprometida, y con ella la seguridad económica del sector asegurador, que era quien debía sufrir los inconvenientes de tal sistema. Así se puede explicar lo que ha venido ocurriendo durante los últimos veinticinco años: no se ha cuestionado propiamente el sistema de valo-

ración del daño que no distinguía entre las diversas partidas que lo integran y procedía a resarcirlo in totum, como un verdadero totum revolutum. Por esa razón la crítica que se ha hecho al poder público cuando ha introducido mecanismo para resolver el "problema" de la valoración del daño personal ha sido una crítica de baja intensidad, una crítica hecha desde el acomodo que todos los operadores jurídicos sentían por el sistema.

El poder público (primero el poder ejecutivo en el año 1991 y luego el poder legislativo en el año 1995) lo que hizo fue simplemente sustituir los "módulos judiciales" o el desmesurado arbitrio judicial por unos módulos objetivados con los que intentar, en un principio, orientar la aplicación judicial, y que más tarde se terminaron imponiendo como único criterio posible. No es sino hasta el momento en el que se da este último paso, esto es, cuando el legislador introduce en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, el sistema de baremos para el resarcimiento del daño corporal cuando se comienza a producir una verdadera reacción entre los jueces y en la doctrina contra tal sistema.

Bien mirado, y desde una perspectiva puramente económica o sociológica, el legislador no había hecho otra cosa que poner cordura allí donde no existía: establecer parámetros objetivos que limitaran el excesivo arbitrio judicial sustituyendo los que antes se habían ido imponiendo por generación interna en la práctica judicial.

Desde una perspectiva jurídica, en cambio, lo que se hizo fue atribuir categoría de norma jurídica a un sistema chapucero de valoración del daño. Tal sistema de "valoración integral del daño" no tiene parangón en ningún otro ordenamiento jurídico y ha sido descalificado como inadmisible por la doctrina extranjera que se ha pronunciado sobre él. Se trata de una solución jurídica "a la española" que se asienta sobre unas bases intelectuales inasumibles, pero que está perfectamente acomodado en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las serias objeciones que el Tribunal Constitucional se vio forzado a ponerle (STC 181/00).

La referida Sentencia del Tribunal Constitucional, que ha considerado en parte inconstitucional el sistema, tiene la virtualidad de permitir una amplia reflexión sobre los fundamentos de todo el sistema de resarcimiento de daños, reflexión que nos permita entender cuál es el verdadero derecho vigente en la materia.

Los daños, desde la perspectiva que aquí los contemplamos, la de su valoración y resarcimiento, se pueden clasificar en dos grandes categorías: a) daños de carácter patrimonial; y b) daños de carácter no patrimonial, que también se pueden denominar daños morales.

El ámbito de los daños morales no es una cuestión fácil de determinar, ni tampoco su concepto, particularmente porque en nuestra jurisprudencia se ha hecho un uso perverso de este concepto, ampliándolo de manera excesiva e incluyendo en su interior muchos supuestos de verdaderos daños patrimoniales. Eso sí, tal perversión se ha hecho con las mejores intenciones, por razones de equidad, con la voluntad de intentar evitar que daños patrimoniales que se pueden presumir existentes queden sin resarcimiento por la falta de una cumplida prueba. Pero lo que creemos esencial a la hora de definir el concepto de daños morales es la nota de insusceptibilidad de valoración económica. En el pretium doloris, uno de los conceptos en los que no se discute el carácter de daño moral, puede advertirse esa imposibilidad de valoración económica. Por esa razón se afirma que el daño moral no se pueda resarcir sino que únicamente se puede compensar. Para señalar esa compensación no existen parámetros objetivos, de forma que siempre existirá un alto grado de arbitrariedad en cualquier sistema que se proponga resarcir tales daños. Por ello no parece demasiado razonable

que el resarcimiento de tales daños se haga siguiendo el arbitrio judicial, lo que puede comportar una gran inseguridad jurídica, además de un posible trato desigual de los ciudadanos ante la Ley. Esas razones determinan que sea muy bien recibido en cualquier ordenamiento jurídico un sistema que objetive el resarcimiento del daño moral, un baremo de daño moral, como el que se aplica en otros países de nuestro entorno.

El daño moral resulta muy difícil de acreditar e imposible de cuantificar. Pese a ello, existe coincidencia en que debe ser resarcido, porque es verdadero daño. Por consiguiente, el ordenamiento positivo debe poner los medios que lo posibiliten y, en el caso de que no lo haga, serán los jueces los que se encarguen de introducirlos. La apreciación o valoración judicial será en tal caso la única alternativa a las propias dificultades que la tutela de este tipo de daño plantea.

En cambio, en el ámbito del daño patrimonial las cosas resultan diferentes: pueden existir dificultades para determinarlo y para cuantificarlo, pero no son dificultades a priori insuperables. Es posible que algunos de sus conceptos resulten difíciles de acreditar, si bien son la excepción, no la regla. Por tal razón, en principio, no parece justificado que el legislador deba establecer mecanismos adicionales que permitan su resarcimiento sino que deberían bastar las reglas generales del enjuiciamiento. De acuerdo con ellas, le corresponde a quien ha sufrido el daño, por lo común el demandante, la carga de su acreditación, como hecho constitutivo de la demanda que es (art. 217.2 LEC).

Por otra parte, los problemas de prueba de los perjuicios económicos, si son insuperables objetivamente para quien los ha sufrido, tampoco debieran impedir su resarcimiento. Y ello sin necesidad de acudir al concepto de daños morales para dar entrada a su través a razones de equidad. Creemos que es preferible considerarlos en todo caso como perjuicios económicos y aplicar en su enjuiciamiento las reglas sobre la carga de la prueba de la manera más flexible, algo que permite el propio sistema legal, que modera enormemente el alcance de la regla básica de que la carga de la acreditación de los hechos constitutivos pesa sobre la parte actora.

Si profundizamos un poco más en los dos conceptos que integran el daño patrimonial, esto es, daño emergente y lucro cesante, observaremos que el problema de prueba que se produce respecto de cada uno de ello es bien distinto. Mientras respecto del daño emergente no existen mayores problemas de prueba que respecto de cualesquiera otros hechos constitutivos de la demanda, para la prueba del lucro cesante existe un problema añadido que resulta del hecho de que tal daño no se ha materializado, sino que normalmente se debería materializar en el futuro. Esa dificultad se concreta en la imposibilidad de llegar a conseguir el mismo grado de certeza en la prueba del daño emergente que en la del lucro cesante. Mientras respecto del primero es exigible certeza, respecto del segundo es preciso contentarse con probabilidad, alto grado de probabilidad si se quiere, pero muy difícilmente certeza.

Esa dificultad, en ocasiones incluso extrema, está insita en la naturaleza de las cosas, si bien no puede suponer un obstáculo insuperable al resarcimiento. A la parte que lo reclama le corresponderá extremar su diligencia probatoria y a los órganos jurisdiccionales aplicar con sabiduría y prudencia las reglas de enjuiciamiento que permitan que la tutela de ese daño no quede desprovista de contenido efectivo.

En suma, el propósito de esta introducción no es otro que el haber puesto de manifiesto que los distintos conceptos que se incluyen dentro del daño resarcible no se pueden reducir a la unidad porque su régimen jurídico es muy diverso. Aunque

el legislador haya podido dar pie a la idea de que es posible el reduccionismo, no se pueden ignorar los problemas que entraña. Ese reduccionismo no es propiamente un mecanismo que permita resolver tales problemas sino sólo ignorarlos. Y como no siempre pueden ser ignorados, es preciso examinarlos con detalle para conocer qué posibilidades de actuación se tienen cuando, como víctima o como responsable, se está frente a la necesidad de determinar y cuantificar el daño.

## II. El concepto de lucro cesante

El lucro cesante es, siguiendo la terminología del art. 1106 del Código Civil, la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable. Si concebimos como daño cualquier lesión de un interés, sea patrimonial o no, el concepto de lucro cesante se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto (esto es, deducidos costes) que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero.

La ganancia frustrada no es preciso que se fundamente en un título que exista en el patrimonio del acreedor en el momento del daño. Esto es, no resulta imprescindible que en el momento en el que se produce el hecho dañoso el incremento patrimonial susceptible de integrar el lucro cesante ya se haya concretado, sino que basta que se pudiera razonable haber llegado a concretar en el futuro.

Ello no significa que deba identificarse el concepto de lucro cesante con el de daño futuro. El lucro cesante puede ser tanto actual como futuro y también puede existir daño emergente actual y daño emergente futuro. Esa diferencia se puede ilustrar muy bien con un ejemplo que tomamos de Yzquierdo Tolsada[1]. En un accidente de circulación con lesiones corporales será: (1) daño emergente actual, el coste de reposición del vehículo y los gastos de farmacia y hospital; (2) lucro cesante actual, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras duró la convalecencia; (3) daño emergente futuro, los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes; y (4) lucro cesante futuro, las ganancias que se dejaran de percibir como consecuencia de la incapacidad permanente.

En nuestra legislación, aparte de esa identificación del lucro cesante con la ganancia que se haya dejado de obtener, no puede considerarse que exista un verdadero concepto normativo de lucro cesante, como tampoco existe un concepto normativo de daño. En el art. 252 del B.G.B. alemán se considera como lucro cesante la ganancia que con cierta verosimilitud cabía esperar según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales del caso.

La jurisprudencia no se ha preocupado del concepto de lucro cesante, aunque sí ha establecido las pautas esenciales para su resarcimiento. Ya la Sentencia de fecha 22 de junio de 1967 de la Sala 1ª del T.S. se encargó de resumir la doctrina sobre el lucro cesante en los siguientes términos:

> *«El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia*

[1] YZQUIERDO TOLSADA, M. , en *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Dykinson*, 2001, pág. 150.

*se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que estas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante».*

Esa doctrina jurisprudencial exige certeza respecto de las ganancias, que las mismas no sean contingentes o inseguras, esto es, que no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. Además, es una constante en la doctrina jurisprudencial la afirmación del carácter restrictivo con el que hay que proceder en el resarcimiento del lucro cesante. A continuación procederemos a examinar esas dos notas (certeza y restrictividad) intentando matizar el significado de los pronunciamientos jurisprudenciales, que no siempre son bien comprendidos.

## 1. El lucro como ganancia probable

Ese planteamiento jurisprudencial al que acabamos de hacer referencia puede parecer que todavía se encuentra vigente, pues en algunas sentencias en las que se quiere fundamentar que no existe lucro cesante se acude a fórmulas similares para justificar esa idea. No obstante, creemos que se trata más bien de una argumentación de conveniencia. Nuestra actual doctrina jurisprudencial no exige certidumbre sobre la ganancia sino que se conforma con algo menos, como puede verse en la STS, 1ª, de 8 de julio de 1996: «las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en las que concurre verosimilitud suficiente para poder ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación a su certeza efectiva».

Por consiguiente, no resulta indispensable la certeza absoluta sobre la ganancia, algo difícil de lograr cuando la misma aún no se ha producido, sino que basta una alta probabilidad, rayana en la certeza, pero en definitiva probabilidad. En la STS (1ª) de 15 de julio de 1998 (RJ 1998/5550) se baja incluso más el listón y se habla de "ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso".

En sentencias mucho más recientes se habla más abiertamente de que el principio básico en la determinación del lucro cesante se funda en un juicio de probabilidad (SSTS 26 de septiembre de 2002 –RJ 2002/8094- y de 14 de julio de 2003 -RJ 2003/4629-, entre otras). En la STS de 29 de diciembre de 2001 (RJ 2001/1474) se precisa que debe tratarse de una "cierta probabilidad objetiva", que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto.

En conclusión, la jurisprudencia no exige certeza absoluta sobre la existencia de las ganancias futuras frustradas, lo que resultaría una exigencia excesiva porque resulta imposible acreditar la existencia de algo que aún no se ha producido, sino una fundada probabilidad de que las mismas se produzcan en el normal desarrollo de las circunstancias del caso. Se trata, por consiguiente, de un juicio de probabilidad respecto del advenimiento de esas ganancias esperadas que no se producirán o que ya no se han producido. Como tal juicio no puede producirse sobre hechos concretos siempre será un juicio hipotético, que debe ser realizado a partir de juicios de valor. Por esa razón ocupa un lugar destacado en él el parámetro de la normalidad. Por consiguiente, para

[2] SANTOS BRIZ, La responsabilidad civil, Madrid, 1993, pág. 290 y ss

que las ganancias frustradas se estimen acreditadas basta que se llegue a la conclusión de que se habrían normalmente producido de no mediar el hecho generador de responsabilidad.

El lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso[2]. Este juicio de probabilidad plantea los siguientes problemas:

1º) ¿En qué momento debe hacerse?
2º) ¿Quién debe hacerlo?
3º) ¿Con qué criterio?

Respecto al primero de esos puntos, el juicio sobre el lucro cesante es siempre un juicio de pronóstico, un juicio respecto de algo que debería haberse producido en el futuro. No obstante, el juicio de pronóstico debe hacerse en referencia al propio momento en el que el daño se produjo, particularmente en el caso de responsabilidad extracontractual. En el caso de la responsabilidad contractual puede parecer discutible si también el juicio debe referirse al momento del incumplimiento o bien debe anticiparse al momento de constitución de la obligación. No obstante, parece que lo más razonable es que se refiera a ese segundo momento. No faltan opiniones que apuntan que incluso deben tomarse en consideración las circunstancias ulteriores a ese momento para enjuiciar si la ganancia frustrada era previsible y en qué medida lo podía ser.

En cuanto al segundo problema, el juicio de probabilidad en que consiste el juicio sobre el lucro cesante no puede ser un juicio subjetivo, esto es, un juicio realizado por el propio perjudicado, sino un juicio objetivo, realizado por un tercero, sea el propio juez o bien un perito.

En cuanto a los criterios a tomar en consideración para realizar es juicio de pronóstico, son criterios de normalidad, que los podemos ver constantemente expresados en la jurisprudencia con la referencia a «según el curso normal de los acontecimientos».

El juicio sobre las ganancias es un juicio de probabilidad, sí, pero un juicio que se debe efectuar con parámetros objetivos. Cuando no es posible objetivar esos parámetros nos encontramos ante lo que la jurisprudencia viene denominando como meros "sueños de fortuna", esto es, situaciones en las que las ganancias no se pueden representar como probables sino más bien como contingentes o fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real. En tales casos no se puede considerar que estemos ante un verdadero lucro cesante que se deba resarcir (SSTS 2 Oct. 1999 –RJ 1999/7849-). Ni siquiera con fundamento en la equidad puede procederse a resarcir ese tipo de expectativas, porque las mismas no pueden ser consideradas como daño (STS 6 de Sept. 1991 –RJ 1991/6045-).

## 2. ¿Es resarcible la pérdida de oportunidades?

Ya hemos visto como se ha tendido a negar la posibilidad de que la ganancia que constituye una mera expectativa merezca la consideración de lucro cesante resarcible. De ello parece derivarse la idea de que la pérdida de una oportunidad de ganancia no resultaría resarcible, lo cual creemos que resulta muy discutible. En principio, se trata de una ganancia sobre la que no existe ninguna certeza de que se vaya a producir sino que únicamente existen meras posibilidades de que se llegue a producir. Con los parámetros que utiliza nuestra jurisprudencia para el resarcimiento del lucro esa pérdida de oportunidades no parece, en principio, resarcible, cosa que no consideramos razonable.

[3] YZQUIERDO TOLSADA, op. cit. pág. 153.

Para ilustrar mejor la idea que nos proponemos desarrollar hay que hacer referencia a algunos de los supuestos que se suelen citar por la doctrina como de pérdida de oportunidades:

1/ El caballo de carreras que debe ser transportado a otra ciudad para asistir a una carrera y no llega a tiempo de poder participar por culpa imputable al transportista.

2/ El opositor que no puede llegar a presentarse a un examen por causa imputable a un tercero.

3/ La parte que no puede presentar un recurso por causa imputable a su procurador o abogado.

En todos esos casos se da un mismo problema: se ha perdido una oportunidad de ganancia por causa imputable a un tercero. Y la cuestión es si esa pérdida no merece una reparación. El problema que concurre en estos casos no es que no exista daño sino que resulta muy difícil de determinar en qué consiste, y por consiguiente de valorar. No existe ninguna seguridad de que el caballo pudiera ganar la carrera, ni que el opositor ganara la oposición o que la parte ganara el recurso y, por consiguiente, no se puede considerar como ganancia frustrada el premio de la carrera, o el sueldo que el opositor podría haber llegado a ganar o la cantidad reclamada en el pleito. No obstante, sí que es seguro que existía una probabilidad razonable de que tales resultados se pudieran producir. Por consiguiente, existe, como dice YZQUIERDO TOLSADA[3], incertidumbre de perjuicio pero certidumbre de probabilidad.

Esa incertidumbre de perjuicio no creo que pueda justificar que el daño quede sin resarcimiento porque el daño no consiste propiamente en la frustración de la ganancia que se esperaba sino en la propia pérdida de la oportunidad de llegar a conseguirla. En materia de responsabilidad de abogado y procurador la jurisprudencia ha venido admitiendo de forma bastante generalizada que la mera pérdida de una oportunidad es acreedora de ser considerada como daño resarcible, de forma que ha admitido con frecuencia la acción de resarcimiento. El problema que se ha debido afrontar es el de cómo valorar el daño, lo que obliga al juez a realizar un juicio de pronóstico sobre el resultado favorable o adverso del juicio, esto es, un juicio dentro del juicio que permita valorar cuanto vale la oportunidad perdida.

Los ejemplos sobre ello son muy numerosos en la jurisprudencia, que acepta de forma reiterada el resarcimiento de las pérdidas indebidas de oportunidades procesales (SSTS de 26 de enero de 1999 –EDJ 1999/308-, de 8 de febrero de 2000 –EDJ 2000/604-, de 8 de abril de 2003 –EDJ 2003/9751- y de 28 de julio de 2003 –EDJ 2003/80466-). No obstante, en la mayor parte de las ocasiones en las que se concede resarcimiento no se hace en concepto de daño patrimonial (lucro cesante) sino como daño moral (así puede verse en SSTS de 28 de abril de 2005 –EDJ 2005/55109- y de 28 de enero de 2005 -EDJ 2005/6955-, entre otras muchas cuya cita puede verse en la segunda de las citadas). En la Sentencia de 28 de Julio de 2003 (RJ 2003/80466) se precisa que la indemnización procedente por la pérdida de una oportunidad procesal puede resarcirse tanto por la vía del daño moral como por la del daño material, si bien únicamente es útil la primera cuando la posibilidad de éxito del recurso frustrado es escasa. Sería admisible, en cambio, obtener el resarcimiento en concepto de daño material, si la probabilidad de éxito del recurso es elevada.

En suma, lo que hace la jurisprudencia en estos casos es aplicar a los supuestos de pérdida

[4] En ese sentido puede verse ALBIEZ DHORMANN, K. J., en *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, en RDP, 1998, pág. 382.
[5] En esa línea puede la opinión de VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch 1994, p. 125.

de una oportunidad procesal los criterios del resarcimiento del lucro cesante, de forma que se estima la pretensión con fundamento en él cuando existía una alta probabilidad de éxito de la oportunidad frustrada. En cambio, fuera de tales casos se estima que el resarcimiento de las oportunidades frustradas únicamente puede hacerse en concepto de daño moral. Creemos que tal proceder, aunque justo, es objetable. Una cuestión relativa a la valoración del daño se ha sustantivizado hasta el extremo de determinar dos clases de daño distinto. En realidad lo que ha hecho la jurisprudencia con ese proceder no es otra cosa que dar entrada a criterios de equidad en el resarcimiento, sólo que de forma disimulada o encubierta, acudiendo a un concepto (el de daño moral) que poco o nada debería decir aquí. El concepto de daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como es bien conocido, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del tribunal tanto su existencia como su valoración.

## 3. Lucro cesante y actividades ilícitas o inmorales

Un sector de la doctrina estima que no procede el resarcimiento del lucro cesante procedente de actividades ilegales. No obstante, no faltan voces que propugnan que debe distinguirse entre los ingresos procedentes de actividades ilícitas de aquellas otras simplemente inmorales. En ningún caso se pueden reparar las pérdidas de ganancias que deriven de actividades sancionadas por el ordenamiento penal y la misma suerte deberían correr las procedentes de una actividad sancionada administrativamente, como por ejemplo, las ganancias procedentes de la economía sumergida o de un trabajo clandestino[4]. En cambio, el planteamiento debe ser distinto cuando se trata de actividades simplemente inmorales, como, por ejemplo, la prostitución. Respecto de esa actividad no faltan opiniones favorables a que no se penalice su resarcimiento, siquiera sea por un criterio de equidad[5].

## 4. La distinción entre la prueba del lucro y la de su entidad o importancia

La exposición que hemos realizado sobre el resarcimiento de las oportunidades ha puesto al descubierto una idea que no siempre ha sido bien tratada en el ámbito de la tutela del lucro cesante: la necesidad de distinguir entre la existencia de la ganancia frustrada y su valoración. Los problemas que se producen en cada uno de esos ámbitos tienen un perfil distinto, de forma que no es conveniente mezclarlos, porque no a ambas cuestiones les convienen unos mismos principios. Así, cuando en la jurisprudencia se habla del carácter restrictivo que tiene el lucro cesante no se discrimina suficientemente bien el alcance de esa idea y ello es una constante fuente de problemas.

Los problemas que plantea la acreditación del lucro cesante se traducen de manera fundamental en cuestiones de relación de causalidad. En cambio, los problemas de cuantificación de la pérdida sufrida se suelen traducir en un juicio de probabilidad o razonabilidad[6]. Por esa razón puede estar justificado que se adopte un criterio restrictivo respecto de la cuantificación de la pérdida, pero no así respecto de la acreditación del lucro. Respecto a esto último más que restrictivo lo que se ha de ser es riguroso, esto es, exigente en la acreditación de la existencia de relación de causalidad, si bien no en una medida distinta a la de cualquier otro concepto de daño.

[6] ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, en «El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo», en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 364..

## III. La tutela del lucro cesante derivado del daño personal producido en accidentes de tráfico

Según llevamos visto, para conseguir el resarcimiento del lucro cesante como concepto autónomo y diverso de otros de los que componen el daño es preciso afrontar el problema de su acreditación o prueba, lo que no resulta tarea fácil atendida la concepción restrictiva que sobre concepto se ha extendido en nuestros tribunales.

En cambio, existe un ámbito en el que esas dificultades se han visto enormemente atenuadas: es el del lucro cesante asociado a daños de carácter personal. Ya hemos anticipado, al menos en parte, la razón por la que en este ámbito existen particularidades propias: se encuentra en la inveterada costumbre de nuestros tribunales de no exigir una diferenciación entre los diversos conceptos integrantes del daño, que tradicionalmente se había venido valorando de forma conjunta formando un totum revolutum en el que no resulta fácil distinguir entre el lucro cesante y los demás conceptos, particularmente el daño moral. Aprovechando las dificultades que la cuantificación del daño moral plantea, que no resulta posible someter a reglas objetivas, había que confiar en el criterio de los tribunales para compensar por tal daño. A partir de ahí se dio un paso más adelante: el de utilizar esa flexibilidad para no sólo resolver los problemas de cuantificación del daño moral sino para resolver también, de una tacada, los problemas que la tutela del lucro cesante venía planteando.

El legislador siguió por la misma senda en la Ley 30/1995, establecer un sistema de valoración de daños personales que no se detenía a discriminar realmente entre el daño moral y el lucro cesante. En las cuantías que se establecen en las diversas tablas se advierte que está incluido el daño moral, si bien no exclusivamente, de forma que también puede presumirse que dentro de ellas se encuentra incluido, al menos en parte, lucro cesante, además del daño emergente. Y decimos que en parte, porque las cuantías básicas no son el único instrumento a través del cual el legislador admite que se pueda resarcir el lucro cesante, pues también dispone que se pueda aumentar la cuantía básica con la aplicación del llamado "factor de corrección" por perjuicios económicos que se recoge en las tablas II, IV y V.

Esa forma de resarcimiento del lucro cesante derivado de daños corporales ofrecía innumerables ventajas prácticas sobre la que anteriormente venía aplicando nuestros tribunales, que se fundaba esencialmente en su criterio discrecional, y es que introducía un factor de racionalidad en el sistema, lo dotaba de parámetros objetivos que permitían atribuirle una dosis de seguridad jurídica de la que carecía el anterior. El sistema legal supuso dar un gran paso adelante para quien debía pagar los daños, particularmente para los aseguradores, porque les permitía poder hacer sus cálculos de previsiones de gastos de forma más racional y segura, y también supuso un gran beneficio para las víctimas, porque seguían estando exoneradas de la mayor parte de los problemas que plantea la tutela del lucro cesante: no se veían forzadas a acreditar las ganancias frustradas de las que se habían visto desprovistas como consecuencia del hecho dañoso, ya que el legislador había venido en su ayuda estableciendo unas pautas de enjuiciamiento que exoneraban de su prueba o la facilitaban de manera muy notable.

Se imponía a las víctimas un sacrificio, porque se establecía un límite al importe máximo que podrían percibir en concepto de lucro cesante, si bien los beneficios eran incomparablemente mayores, al quedar exonerados de la prueba del lucro, dado que el legislador había acudido a criterios objetivos, criterios fundados (al menos presuntamente) en el cálculo de los perjuicios que en término medio soporta una persona ante una situación similar.

Esa forma de proceder del legislador puede resultar impecable desde una perspectiva colectiva, si bien plantea muchas dudas desde una perspectiva singular: la perspectiva de cada una de las víctimas de un accidente. Y también lo hace desde la perspectiva de los que han causado el accidente, que deben reparar el daño causado, pero únicamente el causado. Si nos olvidamos de que el pagador usual del daño es un asegurador y pensamos que lo es un ciudadano normal, como con cierta frecuencia ocurre, sea porque no existe seguro, aunque se trate de un accidente de tráfico, o bien porque se trate de una aplicación analógica del sistema fuera del ámbito propio de la circulación, podremos ver que el sistema puede producir consecuencias indeseables desde la perspectiva del responsables civil.

## 1. Consecuencias indeseables del sistema baremizado de resarcimiento del lucro cesante analizadas desde la perspectiva del responsable civil

Cuando se utiliza el sistema de baremos para el resarcimiento del lucro cesante, sea en el ámbito estricto de aplicación de la Ley 30/1995 o bien cuando el sistema instaurado por dicha Ley se aplica de forma analógica fuera del ámbito de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico (lo que constituye una constante a consecuencia del éxito que el sistema ha tenido) se priva al responsable de poder cuestionar que el daño que ha causado se corresponde estrictamente con el que se le está reclamando de acuerdo con el sistema tabular. El sistema de baremos únicamente permite discutir a partir de las bases del sistema, pero no las propias bases del sistema, de forma que ante una situación en la que el daño haya consistido en la muerte de una persona, si existen legitimados para reclamar la indemnización señalada en el sistema, el responsable no puede discutir: (1) si de verdad existe daño moral y si es equitativo que el mismo se compense con la cuantía preestablecida; (2) si los perjuicios económicos resarcibles son efectivamente los que se están resarciendo por el legislador.

Y algo similar ocurriría ante una situación de incapacidad temporal o de lesiones permanentes: el modelo legal no le permite al responsable discutir que el daño moral y los perjuicios económicos que se puede ver forzado a abonar en concepto de resarcimiento no son los que efectivamente ha causado, sino que son muy superiores a ellos. Eso creemos que no es razonable, y que es contrario al derecho a la tutela efectiva del art. 24.1 de la Constitución, en los mismos términos en los que el propio Tribunal Constitucional (STC 181/2000) ya consideró que conculcaba esa misma norma la restricción que se imponía a la víctima en la tabla V del sistema de baremos al limitar la cuantía máxima que se podría reclamar por perjuicios económicos (fundamentalmente lucro cesante) en situaciones de incapacidad temporal.

El responsable civil debe responder del daño que cause, pero no así del que no cause, de forma que el derecho a la tutela de su posición jurídica que el constituyente consagra como derecho fundamental en el art. 24.1 CE debe incluir la posibilidad de combatir cualquier concepto de daño que le sea reclamado y que crea que no ha producido. Pues bien, a cualquier operador jurídico que sea mínimamente conocedor del sistema de baremos instaurado por la Ley 30/1995 no se le escapa que el legislador no permite que el responsable pueda cuestionar la procedencia de la indemnización que con el carácter de mínimo legal se establece en cada caso. El legislador, por consiguiente, procede no sólo a tasar el daño de manera objetiva sino a predeterminar en cada caso cual es el daño moral y patrimonial que se asocia a la producción de daños personales. El legislador no permite la prueba en contra respecto de los conceptos y cuantías que se asocian al daño personal por el que se reclama y con ello restringe de manera inadmisible los derechos del responsable.

Esa lectura del sistema no es frecuente que se haga, porque no existe la misma sensibilidad respecto de la cuestión de la restricción de los derechos de defensa del responsable que de la víctima. No obstante, debe reconocerse que la idea que late en uno y otro supuesto es exactamente la misma. Y, si se apura, la cuestión nos parece intelectualmente incluso más clara contemplada desde la perspectiva del responsable que desde la de la víctima.

## 2. Consecuencias indeseables del sistema contempladas desde la perspectiva de la víctima

La principal de esas consecuencias ya la hemos adelantado: si bien el baremo establece un sistema que facilita el resarcimiento del lucro cesante, también lo limita. El legislador ha establecido un techo a la posibilidad de resarcir el lucro, no permitiendo que dentro del sistema se puedan sobrepasar los límites que en cada caso se señalan. Tal limitación se dijo que suponía un atentado respecto de los derechos constitucionales de la víctima y así lo sostuvo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 181/2000, en la que estimó contraria al derecho a la tutela efectiva parte de la tabla V, aquella parte en la que se establece el sistema que se debe aplicar para el resarcimiento del lucro cesante derivado de la incapacidad temporal. El sistema legal consiste en aplicar sobre el valor de la indemnización básica un porcentaje de incremento de hasta un 75%, porcentaje que se aplica en función del nivel de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal.

El pronunciamiento de inconstitucional al que se acaba de hacer referencia no cabe duda alguna de que es extensivo a todas las demás tablas del sistema establecidas para el resarcimiento del lucro cesante, a pesar de que el Tribunal Constitucional no lo dijera expresamente, permitiendo con ello que subsista la duda en nuestro ordenamiento jurídico. Las razones de esa extensión están en que los mismos reproches que se hacen a la tabla V son de aplicación a las demás. No creemos que existan razones que justifiquen una idea distinta.

No obstante, no puede hablarse en sentido estricto de un pronunciamiento de inconstitucionalidad. Un pronunciamiento de ese tipo expulsa la norma que se reputa inconstitucional del ordenamiento jurídico y no ha sido eso lo que hiciera la STC 181/2000 con las normas en cuestión. Lo único que hizo el Alto Tribunal fue interpretar el sistema en términos acordes con la Constitución, de forma que su Sentencia se limita a considerar inconstitucional la limitación (el techo) que el sistema impone en el resarcimiento de los daños y perjuicios. El sistema sigue vigente, pero no puede impedir que se reclame y que se resarza un lucro cesante por cantidades superiores a las que el sistema contempla.

Una buena muestra del resultado a que ha conducido el pronunciamiento de inconstitucionalidad contenido en la STC 181/2000 lo encontramos en la STC 104/05, de 9 de mayo de 2005 (EDJ 1005/61628). El Tribunal Constitucional concede amparo en un juicio verbal enjuiciado por el Juzgado de Primera Instancia 10 de Barcelona y más tarde por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, porque se había aplicado de manera imperativa el "baremo" no entrando a valorar si era resarcible un concepto de daño emergente asociado a la incapacidad temporal. Se había pretendido por la víctima de un accidente de tráfico que se le indemnizaran los gastos derivados de la contratación de un trabajador que supliera el trabajo de la actora durante su incapacidad. Tal pretensión se desestimó, no porque no se considerara acreditada sino argumentando que el sistema legal no lo permitía. El Alto Tribunal anula la sentencia de la Audiencia y le ordena que dicte nueva sentencia respetuosa con el derecho a la tutela efectiva de la actora, esto es, que le dé respuesta a la cuestión

planteada y proceda al resarcimiento del daño sin tomar en consideración el techo establecido en la norma legal reputada inconstitucional. El pronunciamiento del TC se limita a indicar a la Audiencia que resuelva sobre la pretensión relativa a los gastos de contratación de un trabajador y mantiene los demás pronunciamientos. Con ello el Alto Tribunal, sin advertirlo, ha incurrido en el error de permitir que se pueda producir una situación de teórico doble resarcimiento: los perjuicios económicos han sido, todos ellos, resarcidos[7] de forma conjunta a través de la aplicación del baremo; por otro lado, también puede serlo un concepto concreto de forma separada. Para que esa duplicidad de resarcimiento no se produjera, debería poder descontarse de la indemnización baremizada la parte correspondiente a perjuicios económicos, o al menos a parte de los perjuicios económicos, lo que en la práctica resulta imposible.

Este es el desajuste fundamental que se puede producir cuando se conjugan, como resulta indispensable hacer hoy, los "baremos" con elementos ajenos al sistema. ¿Cómo se combinan esos dos sistemas que responden a principios completamente distintos? Si en el sistema de baremos se hubiera precisado lo que corresponde a cada uno de los conceptos (daño moral, lucro cesante, daño emergente) se podría descontar la parte correspondiente cuando la víctima decide acudir a las reglas generales del enjuiciamiento civil, tal y como le permite la STC 181/2000. Pero como las cuantías del sistema de baremos integran un totum revolutum tal discriminación no resulta posible, de manera que el sistema debe convivir con esa inconsecuencia.

El resultado práctico de esta situación viene siendo el mismo que resulta de la Sentencia del TC núm. 104/05, es decir, la conversión de las cuantías del sistema tabular en un baremo de daño moral, algo que no se corresponde en absoluto con el espíritu de la norma. Por lo tanto, el baremo ha pasado de tener la consideración de medida de todo el daño producido, de límite máximo a la reclamación de la víctima a adquirir el carácter de un baremo de mínimos, un parámetro que marca el umbral del resarcimiento por los daños personales, pero que deja abierta la puerta a que separadamente se pueda conseguir el resarcimiento del lucro cesante y del daño emergente que se acrediten.

Buen ejemplo de ello lo podemos encontrar en la SAP de Córdoba (Sec. 1ª) de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/14477), en la que puede leerse lo siguiente:

> *«Pero lo que no ofrece la menor duda es que el lucro cesante, acreditado, es perfectamente indemnizable y no se origina duplicidad indemnizatoria por el hecho de haberse abonado al perjudicado el importe de los días de impedimento por incapacidad y el factor de corrección».*

Aún así, esto es, con un sistema que ha quedao completamente pervertido, la situación sigue siendo incomparablemente mejor a la previa a su instauración. La razón de ello se encuentra en la escasa frecuencia con la que se acude a la prueba de daños específicos y distintos a los baremizados, lo que sin duda se debe a la dificultad que entraña su acreditación, particularmente cuando se trata de lucro cesante. Y la propia existencia del "baremo", aun herido de muerte, ha hecho descubrir a los tribunales algo que había quedado en el olvido: la necesidad de probar el lucro cesante para que pueda darse lugar a su resarcimiento.

## 3. El concepto de culpa relevante y el resarcimiento del lucro cesante

Una interpretación interesada que se ha hecho de la STC 181/2000 es la de quienes opinan que para que proceda el resarcimiento del lucro

cesante hace falta que exista "culpa relevante" del responsable. A su vez, esa limitación puede ser referida a dos cosas distintas:

1.ª) Si no existe culpa relevante no puede reclamarse lucro cesante extratabular.

2.ª) Si no existe culpa relevante no puede reclamarse lucro cesante ni extratabular ni tampoco el tabular, dado que el TC ha declarado inconstitucional la tabla V.

No es preciso decir lo poco afortunada que ha sido la referencia por parte del Tribunal Constitucional al concepto de "culpa relevante", no sólo porque no se sepa muy bien en qué consiste, sino porque ha introducido un parámetro interpretativo nuevo, que no estaba en la Ley y que no tenía por qué estar. Con ello el Tribunal Constitucional puede habernos devuelto al pasado del enjuiciamiento de la responsabilidad civil del autonómovil. El daño del que se responde en el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación del vehículo de motor por daños personales no es más o menos amplio en función del título de imputación de la responsabilidad, porque el baremo no es un baremo de seguro obligatorio sino un baremo de responsabilidad civil. Eso no creemos que lo haya cambiado el pronunciamiento de parcial inconstitucionalidad, aunque lo puede parecer.

Pero, si pudiera sostenerse que tal pronunciamiento ha convertido el baremo en un baremo de seguro obligatorio, ello no sería razón para sostener que el resarcimiento del lucro cesante pudiera quedar limitado a las cuantías básicas del sistema y no al factor de corrección. En nuestra opinión ésa es una lectura incorrecta de la doctrina que el TC estableciera en la STC 181/00.

Por nuestra parte estimamos como criterio más acertado el que se sostiene en la SAP de Badajoz (Sec. 3ª) de 14 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/198095) y que parcialmente transcribimos:

«1. El apelante considera que se ha producido infracción de precepto legal al no concedérsele el factor de corrección del 10% por perjuicios económicos establecidos en el baremo de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212, derivado de una interpretación de la jurisprudencia constitucional al respecto.

2. En efecto, la Sentencia de instancia no aplica el citado factor de corrección "al haber sido declarado inconstitucional por la STC 29-6-00 EDJ 2000/13213", pero una recta interpretación de la referida doctrina nos ha llevar a adoptar una conclusión opuesta:

La STC 181/2000 de 29 de junio (EDJ 2000/13213), declaró "inconstitucionales y nulos, en los términos expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, el inciso final "y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla" del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) "factores de corrección", de la tabla V, ambos del Anexo que contiene el "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada a la misma por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados" y en tal fundamento jurídico (21) se dice que:

"De lo antes razonado se desprende que, en relación con el sistema legal de tasación introducido por la Ley 30/1995, y en los aspectos que las dudas de constitucionalidad cuestionan, la inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución, ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas,

determinante de "incapacidad temporal", tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo.

La anterior precisión conduce a la adecuada modulación en el alcance del fallo que hemos de pronunciar. En efecto, cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por "perjuicios económicos", a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada "indemnización básica (incluidos daños morales)" del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.

Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los "perjuicios económicos" del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995 EDL 1995/16212) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso".

En consonancia con ello, el reciente RDLeg. 8/2004 de 29 de octubre, explica al respecto que, por lo que se refiere a las "Indemnizaciones por incapacidades temporales (tabla V). Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, una estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.

3. Dos son los efectos que ello lleva consigo en relación con las pretensiones de los recurrentes:

1º Que, como bien afirma el actor, el apartado B) de la Tabla V se declaró vigente por el TC pero ha de interpretarse conforme al criterio sustentado en la STC 181/2000; y

2º Que dado que en este caso se ha declarado judicialmente la culpa relevante del conductor del turismo como la causa determinante del daño que ha de repararse, la cuantificación de los "perjuicios económicos" o ganancias dejadas de obtener del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo (art. 1.2 de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, según redacción dada por la propia L 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite».

## IV. La prueba del lucro cesante

La jurisprudencia, cuando se trata de la prueba del lucro cesante, viene haciendo invocaciones constantes al rigor o criterio restrictivo con el que se debe valorar la existencia del mismo. No obstante, no faltan pronunciamientos en los que se afirma que

> «lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de

[8] SAP Córdoba (1ª) de 30 de marzo de 2004 (EDJ 2004/14477).

una pretensión (SS. 8.7.96 EDJ 1996/3549 y 21.10.96 EDJ 1996/6432)[8]».

La única diferencia que realmente existe entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión es que el lucro cesante no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que no se produjo. De ello se derivará una consecuencia esencial: el objeto de la prueba no podrá ser nunca de forma directa la propia ganancia frustrada sino otros hechos que sean indicativos de que la misma se habría realmente producido.

Esa forma de probar está expresamente prevista por el legislador al regular las presunciones. En el art. 386.1 (presunciones judiciales) se dice que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Por otra parte, también debe distinguirse entre los problemas que plantea la prueba de la existencia de la ganancia frustrada y los que plantea la prueba de su cuantía, que son muy diversos. En cuanto a la prueba de la ganancia en sí misma, el problema consiste en convencer al juez de su existencia, lo que puede ser sencillo cuando la propia naturaleza de las cosas la conlleve, o más complicado, cuando escape a los parámetros de normalidad. Así, en la propia naturaleza de las cosas está que el propietario y conductor de un auto-taxi se va a ver privado de ganancias durante el tiempo en que resulte imposibilitado para conducirlo, particularmente en el caso de que el propio vehículo haya quedado dañado y deba permanecer en el taller para ser reparado, pero también cuando él personalmente resulte imposibilitado para su conducción. Por consiguiente, la prueba de la existencia de ganancias frustradas en estos casos es una prueba fácil: basta con acreditar que el dañado es el titular de un auto-taxi y que va a resultar impedido para ejercer su oficio o bien para utilizar el vehículo para tal fin.. En cambio, para cuantificar el lucro los problemas son mucho mayores, porque su importe dependerá de muchas circunstancias distintas, como el número de horas que trabaje el taxista afectado o la posibilidad que haya tenido de ser sustituido en la conducción.

## 1. La prueba de la existencia del lucro

La carga de la acreditación del lucro le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC).

Se trata de una prueba que debe hacerse de manera indirecta, a través de indicios, ya que, por concepto, no pueden existir medios de prueba directos de algo que no ha llegado a existir. La prueba por indicios es relativamente frecuente en el enjuiciamiento civil en todos aquellos supuestos en los que no se dispone de medios de prueba directos.

Así, para acreditar la ganancia frustrada de un negocio que se ha debido cerrar se deberá acudir a la prueba de hechos indirectamente indicativos de los mismos, tales como las ganancias experimentadas durante el año anterior, sea en el mismo período del cierre, o bien sea en término medio. A su vez, tales ganancias tampoco resultan fáciles de acreditar y es preciso acudir a medios de prueba tales como la propia contabilidad del comerciante afectado o sus declaraciones fiscales o bien a una pericial que las determine de acuerdo con criterios medios, esto es, las ganancias habituales o normales en el sector de actividad para un establecimiento como el afectado.

Como se puede apreciar, todos esos parámetros indirectos que permiten determinar si han existido ganancias frustradas pueden parecer discutibles, pero más desde la perspectiva de la con-

creción de su importe que de la existencia o inexistencia de la propia ganancia. Por consiguiente, la prueba de la existencia del lucro puede representarse a priori como extraordinariamente más fácil que la prueba de su importe.

Con todo, no se trata de una prueba fácil. El problema fundamental que esta prueba plantea es el de la intensidad probatoria precisa para que se pueda estimar acreditada la ganancia frustrada. Esa intensidad no tiene por qué exasperarse sino que tiene que ser la razonable, en función de:

1º) Las dificultades probatorias que en el caso de plantean, esto es, de las abstractas posibilidades de prueba que se encuentren a disposición de las partes; y,

2º) El grado de previsibilidad de esas mismas ganancias. Sólo cuando las mismas se separen de la normalidad es cuando cabe exigir un mayor grado de esfuerzo probatorio.

Por otra parte, para que el lucro cesante se pueda resarcir no basta con acreditar su existencia genérica sino que también debe probarse su entidad o alcance, lo que es algo distinto a su valoración propiamente dicha. La prueba de la extensión o conceptos a los que alcanza la ganancia frustrada es la prueba de la relación de causalidad entre los concretos conceptos que lo integran y el hecho del que se deba responder. Cuando las ganancias frustradas que se reclamen sean muy diversas no es posible tratarlas a efectos probatorios como un todo único sino que resulta indispensable hacer esfuerzo probatorio para acreditar que en cada uno de los casos la ganancia se ha frustrado y que lo ha sido por consecuencia del hecho dañoso del que se debe responder.

### 2. La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada

La prueba de la cuantía de la ganancia frustrada plantea problemas mayores que los de la propia ganancia en sí. En cualquier caso, acreditada la ganancia, las dificultades probatorias respecto de su cuantía no debieran determinar que no se conceda resarcimiento. Con frecuencia, en cambio, los tribunales dejan de conceder indemnización por las ganancias frustradas, no porque éstas no se hayan determinado sino porque no se han cuantificado bien, lo que creemos que constituye un error de concepto[9].

En otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en el italiano, se autoriza expresamente al juez a usar criterios de equidad para cuantificar el daño si el mismo no ha resultado posible probarlo en su debida entidad. Así se dispone en el art. 1226 del Código Civil (en sede de obligaciones contractuales, aunque con aplicación también al daño contractual por la expresa disposición del art. 2056, 1 CC): «si el daño no puede ser probado en su debida entidad, puede liquidarlo el juez según su prudente criterio de equidad[10]». El recurso a la equidad para proceder a la cuantificación del daño tampoco es extraño a nuestra tradición jurídica. En los arts. 103 y 104 del Código Penal de 1973 también se establecía que para la cuantificación de los daños y perjuicios se procedería según la regulación del tribunal, expresión en la que se consideraba insita

[9] Claro ejemplo de ello lo constituye la SAP de Zaragoza (Sec. 5ª) de 30 de mayo de 2005 (EDJ 2005/70667). Se trataba de una reclamación por lucro cesante a consecuencia de la paralización de un vehículo de auto-escuela. Acreditada la paralización, la pretensión se desestima porque para fundar el importe a percibir únicamente se aporta una certificación del Secretario de la Asociación Provincial de Autoescuelas de Zaragoza expresiva del precio de una clase para un vehículo como el siniestrado. En opinión de la Audiencia tal certificación no era prueba suficiente de la cuantía del daño porque la autoescuela, que sólo contaba con dos vehículos, tenía a su disposición otros medios de prueba que permitieran conocer con mayor exactitud la entidad del daño.
Otro ejemplo, aún más discutible, es el de la SAP Zamora de 14 de Septiembre de 2005. Se trataba de un camión que hubo de permanecer paralizado por consecuencia de un accidente. La Audiencia estima plenamente acreditada la existencia de ganancia frustrada, si bien desestima la demanda porque el criterio utilizado por la parte actora para cuantificarla (un certificado del observatorio de costes de Comité Nacional de Transportes por Carretera) no le parece una prueba suficientemente objetiva.

[10] Sobre el particular puede verse en DE CUPIS, A., El daño, trad. de Martínez Carrión, A., Bosch, 1975, pág. 548 y ss.

una referencia a la equidad hasta el extremo que la cuantificación realizada por el juez se consideraba inatacable por vía de recurso. Y no es el único supuesto en el que se recurre a la equidad: también en el art. 1103 del CC (que la jurisprudencia suele considerar aplicable también a la culpa extracontractual) se faculta al juez para moderar la responsabilidad. Si bien lo más usual es que se trata de un facultad que permite a los tribunales reducir el importe del resarcimiento, creemos que en su interior encierra la posibilidad de acudir a criterios de equidad para fijar el importe efectivo del daño cuando no haya podido ser acreditado de otro modo.

La dificultad para cuantificar la ganancia frustrada reside en que las bases a partir de las cuales se puede llevar a cabo esa valoración no resultan fáciles de determinar y menos aún de acreditar. Por tal razón se ha tendido en la práctica de los tribunales a acudir a criterios estandarizados, como por ejemplo, los criterios según los cuales por cada día de inactividad de un vehículo la ganancia frustrada se traduce en una cantidad concreta. Tales criterios pueden ser objetables por muchas razones, pero constituyen un valioso instrumento de cuantificación del lucro cesante, dado que su aplicación se encuentra completamente generalizada.

El fundamento de esos criterios se encuentra en la propia experiencia humana: son criterios de valoración que aplican los jueces a partir de datos de la experiencia práctica. Su fundamento se encuentra en el principio de normalidad, del que son aplicación.

Tales criterios creemos que son admisibles, como de hecho vienen siendo considerados por la mayor parte de la denominada jurisprudencia menor, y constituyen un parámetro inestimable para proceder a la valoración del daño, en la medida en que constituyen una alternativa razonable a las dificultades de su acreditación. No obstante, tampoco creemos que deban constituirse como el parámetro fundamental, que desplace a la verdadera prueba del daño. Al contrario, creemos que debe ser aplicado como un parámetro subsidiario, que impida que el daño quede sin resarcimiento por falta de cumplida prueba de su cuantía. Pero el parámetro fundamental debe seguir siendo el de la prueba de la entidad del daño a partir de datos que lo intenten determinar de manera más concreta. Tratándose de un daño hipotético, esos datos siempre han de ser una medida relativa del daño. De lo que se trata es que supongan una medida objetiva del mismo, lo que se puede conseguir acudiendo tanto a datos internos como externos, esto es, datos pertenecientes a la esfera interna de la actividad del que ha sufrido el daño o bien ajenos a ella y pertenecientes a la experiencia de otro con el que exista similitud de situación.

No creemos que se pueda establecer una regla general sobre cuáles de esos datos son preferibles. Los procedentes de la esfera interna pueden parecer más sospechosos, pero son también más directamente indicativos. Si se consigue dotarlos de objetividad, demostrar que no se han manipulado, son el mejor parámetro para la prueba del lucro cesante. Los externos pueden parecer a priori más objetivos, pero también están más alejados del objetivo que se pretende: son indicativos de las ganancias de otros, no de las propias. La combinación de unos y otros es siempre el mejor remedio.

### 3. Lucro cesante derivado de la paralización de vehículos industriales

Los criterios que sigue la jurisprudencia menor a la hora de proceder al resarcimiento de este lucro son los siguientes:

1.º) La paralización de un vehículo industrial durante el tiempo de su reparación es susceptible de ser indemnizado.

2.º) No toda paralización, sin embargo, implica por ello lucro cesante.

3.º) No puede tomarse como base para la valoración del lucro los beneficios o ingresos brutos que pudiera haber reportado el vehículo siniestrado, sino los importes líquidos que su actividad pueda producir.

Los problemas más frecuentes que se plantean para el resarcimiento del lucro cesante en estos casos son dos:

1.º) La determinación de los días de inactividad por los que se debe responder.

2.º) La cuantía con la que se debe indemnizar cada día de inactividad.

Respecto de la primera cuestión, como está relacionada con la existencia del lucro, no con la cuantificación propiamente tal, el criterio determinante será el de nexo de causal. El responsable debe responder de los días de inmovilización que sean consecuencia natural del daño, de forma que, si la paralización se ha prolongado por causas imputables al propio perjudicado, de ello no debe responder el autor del daño[11]. Si la prolongación se ha llevado a cabo por circunstancias imputables a un tercero, por lo general el propio taller, el criterio general es incluir esos días en el resarcimiento, con el argumento de que no pueden estar a disposición de quien sufre el daño todos los medios para su reparación sino en la medida en que lo permita la propia disponibilidad de medios[12]. Con mayor motivo cuando haya podido ser el propio demandado o agentes suyos (por ejemplo, un perito) la causa del retraso, como ocurre en el caso sobre el que recayó la SAP Las Palmas (Sec. 5ª) de 22 de abril de 2005 (EDJ 1005/64963).

Por otra parte, los días de paralización no son un parámetro absoluto del daño, sino un parámetro relativo que es preciso poner en relación con los días de efectiva inactividad de la máquina, para lo que será preciso descontar los días en los que previsiblemente no se hubiera utilizado.

En cuanto a la cuantía por día de paralización los criterios que se manejan son diversos:

a) Para algunas Audiencias Provinciales basta con certificados gremiales proceder a cuantificar el daño a partir de lo que de ellos resulta. Así la SAP Asturias (Sec. 5ª) de 18 de septiembre de 2002 (AC 2002/2000).

b) Para otras hay que acudir a criterios de la experiencia humana acudiendo a cuantías normalizadas que se vienen aplicando en la práctica de los tribunales. En este último sentido puede verse la SAP Madrid (Sec. 10ª) de 16 de mayo de 2005 (EDJ 2005/79587). En el mismo sentido la SAP Madrid (Sec. 11ª), de 13 de diciembre de 2002 (AC 2003/374) o la SAP Zaragoza (Sec. 4ª) de 8 de septiembre de 1998 (AC 1998/6345).

c) La mayoría acepta como criterio determinante la cuantía que resulte de las declaraciones fiscales del perjudicado.

d) En algunos casos se acude con carácter orientativo a la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1997[13], para el caso de vehículos industriales. Así se hace en SAP de Asturias (Sec. 5ª) de 8 de febrero de 2002 (AC 2002/1881), en SAP Almería (Sec. 2ª) de 14 de diciembre de 2001 (JUR 2002/67430) y en SAP Cantabria (Sec. 1ª) de 30 de mayo de 2001 (JUR 2001/258894).

[11] Así puede verse en SAP Lleida (Sec. 2ª) de 25 de febrero de 2003 (AC 2003/606).
[12] No se trata de otra cosa que de una aplicación del principio de normalidad. Conforme a él, no puede presumirse una completa disponibilidad de talleres sino una disponibilidad relativa, de forma que una razonable demora en la reparación entra dentro de la normalidad.
[13] Tal O.M., de Ministerio de Fomento regulaba las tarifas de transporte público por carretera y fue derogada y sustituida por la posterior O.M. de 30 de diciembre de 1999 (EDJ 1999/64124).

En la mayor parte de las ocasiones, ninguno de los criterios se utiliza con carácter excluyente sino como un parámetro más para la cuantificación de un concepto de daño que se reconoce difícil de cuantificar.

### 4. Ganancias frustradas derivadas de la necesidad de cierre de un negocio

Otra problemática frecuente en nuestros tribunales es la derivada de la necesidad de acreditar el lucro cesante en los supuestos de cierre de un negocio como consecuencia de un hecho dañoso. También aquí parece poco cuestionable en principio la existencia de un lucro cesante que se deriva del hecho del cierre y el problema se suele centrar en su cuantificación. Los parámetros a los que se puede acudir para acreditar esa cuantía son diversos: la propia contabilidad del comerciante, sus declaraciones fiscales, etc.

Las declaraciones fiscales suelen tener un valor excepcion al como medio de prueba de ese daño, salvo en el caso de que el comerciante esté acogido al régimen fiscal de estimación objetiva. En este caso puede existir una importante diferencia entre los beneficios reales y aquellos por los que se tributa, por lo que puede no ser precisamente el medio de prueba más adecuado. Una magnífica aplicación de esta idea se puede ver en la SAP Barcelona (Sec. 17ª) de 18 de febrero de 2003 (EDJ 2003/82862), en el caso de cierre de un restaurante. La Audiencia se decantó por los datos que resultaban de la propia contabilidad del comerciante, que se encontraban soportados por las conclusiones probatorias que se pudieron extraer de otros medios de prueba, tales como testificales de clientes sobre el grado de ocupación y documentales relativas al éxito del establecimiento.

### PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen, *El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo*, en Revista de Derecho Privado, 1998, p. 361 y ss.

Carrasco Perera, *Comentario al art. 1106 del Código Civil*, en los Comentarios al Código Civil dirigidos por M. Albaladejo.

Cerdá Olmedo, Miguel, *Responsabilidad civil por daños futuros*, en ADC, 1985, pp. 623 y ss.

De Cupis, A., «El daño», traducción de Angel Martínez Carrión, Edit. Bosch, 1975.

Moisset De Espanes, *Reflexiones sobre el "daño actual" y el "daño futuro", con relación al "daño emergente" y al "lucro cesante"*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1975, pp. 195 y ss.

Santos Briz, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001.

**UNIDAD I: DAÑO**

**4) REVISTA DE LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO**

nº52

Cuarto Trimestre. Año 2014



# Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

asociacionabogadosrcs.org

# Sumario Revista nº 52

## Editorial


"Que veinte años no es nada" ¿o sí?

Por *Javier López y García de la Serrana* ..... 5


## Doctrina


- Hacia un "giro copernicano" en el (otrora inexistente) Derecho Social de Daños: La ejemplarizante indemnización por daños a la persona (del trabajador)

  *Cristóbal Molina Navarrete* ..... 9

- Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento

  *Laura Gázquez Serrano* ..... 25

- El Seguro de Caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual

  *Ignacio Pérez Calvo* ..... 51


## Jurisprudencia

### Tribunal Supremo


- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de septiembre de 2014. **RESPONSABILIDAD CIVIL**: Se condena a un articulista en la cantidad de 9.496,55 euros por acusar de 'corrupción' a un magistrado, al considerar que el artículo publicado atenta grave e injustificadamente a la imagen de integridad del demandante y a su prestigio profesional ..... 73

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 3 de octubre de 2014. **RESPONSABILIDAD CIVIL**: Responsabilidad Civil Médica. Se condena a indemnizar con 600.000 euros a unos padres por los daños ocasionados a su bebé durante el parto, pues se determina que se trata de una responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración, derivada de la no vigilancia o seguimiento de la monitorización fetal y no de un supuesto de 'pérdida de oportunidad' del menor como se manifestó en un primer momento por el tribunal de instancia ..... 85

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de noviembre de 2014. **RESPONSABILIDAD CIVIL**: Establece el Tribunal Supremo que el derecho de repetición solamente cabe pactarlo en el contrato de seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la LRCSCVM, para el supuesto de circular sin permiso de conducir, declarando nulas las cláusulas que suelen incluirse por las aseguradoras en el seguro obligatorio de automóvil, que dejan sin cobertura los hechos indemnizables producidos por los conductores menores de cierta edad ..... 91

# Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento



**Laura Gázquez Serrano**
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

## Sumario

I. Introducción: concepto de daño corporal

II. La indemnización por causa de muerte y el problema de la valoración económica de la vida humana: sistemas indemnizatorios

III. Problemas de legitimación activa

IV. Perjudicados por el fallecimiento

V Bibliografía básica recomendada

## I. Introducción: concepto de daño corporal

El tema de la cuantificación de daños de por sí es un tema problemático ya que involucra cuestiones que hacen a la justicia practica de todos los días, pero también revelan la presencia de criterios ocultos en la toma de decisiones y de cuestiones que manifiestan una ideología en temas filosóficos[1].

No todos los bienes dañados tienen un precio establecido en el mercado y eso es, probablemente, el principal problema que presenta el daño corporal. La Sentencia de 12 de mayo de 1990 de la Sala delo Civil del Tribunal Supremo, revisa el tema y enseña que la indemnización por causa de muerte se inserta en el área máxima de protección de los denominados «bienes de la personalidad», según la nomenclatura de los más autorizados de nuestros tratadistas de Derecho Civil. La cuestión –una de las más relevantes que el tema presenta– de fijar el valor de la vida humana ha sido siempre tormentosa y de aguda polémica[2].

Si bien existen normas abiertas o principios generales que deben aplicarse a los diferentes supuestos, en el fondo la cuestión de quién debe soportar el daño, cual es el límite de la reparación, cual es su extensión resarcible, quienes son los legitimados para reclamar y a quienes puede serle reclamado, son extremos de hecho que en cada caso debe determinar el juez de la causa en la mayoría de los supuestos dañosos, a menos que estemos en la previa determinación por el legislador. Supuesto de baremos como es el caso de ley de Ordenación y Supervisión del Seguro privado[3].

Observando la situación en el derecho comparado sobre todo en el tema de los daños a las personas podemos decir sintéticamente que encontraremos frente a la cuestión de indemnizar y cuantificar daños los a) Sistemas de baremos, b) de apreciación judicial y c) la existencia de los fondos de compensación.

Por tanto, como se ha puesto de manifiesto en los países europeos existen enormes diferencias en lo que a la indemnización por causa de muerte y por daños o lesiones corporales se refiere. Así, países como Italia y Bélgica cuentan con las denominadas Tablas Indicativas, lógicamente no vinculantes. En Inglaterra podemos citar la denominada "Guía para la valoración de los daños generales en los casos de lesiones personales", guía que se utiliza a modo orientativo. En Francia existe una lista de conceptos perjudiciales indemnizables, que fija qué conceptos son indemnizables, armonizando los perjuicios que deben de ser reparados. En Alemania existen Tablas privadas de daños morales que recopilan por tipos de lesiones las indemnizaciones concedidas por los tribunales con anterioridad[4]. Entre los países que utilizan sistemas de valoración legal o tasada, solo España tiene un sistema de baremo legal con efecto vinculante. Un baremo ha sido concebido tradicionalmente como una tabla o un cuadro que permite decidir de manera taxativa que a cierto tipo de lesiones le corresponde determinada indemnización. En Europa desde hace años se plantea el tema de la baremizacion de los daños corporales[5]. Ha sido definido como "un cuadro

[1] La integridad psicofísica de las personas es un valor universalmente reconocido en el tiempo y en el espacio. El respeto del cuerpo en todas sus manifestaciones, espirituales, intelectuales, afectivas, artísticas, sensoriales, profesionales o materiales, es, en efecto, una de las raíces y uno de los principios ontológicos en la mayoría de as civilizaciones, por lo que cualquier ataque a esa integridad debe de ser reprimida por el Derecho, que a su vez, debe proclamar como un principio fundamental la inviolabilidad del cuerpo humano.

[2] El Derecho romano dio una respuesta negativa respecto al hombre libre, condensada en la máxima *nulla corporis aestimatio fieri potest* (Digesto, IX, I, III), lo que continuó, aunque no sin resistencias, en el pensamiento de la Glosa, que de manera simple (no tan ucrónica según se dirá) limitaba en todo caso el quantum indemnizatorio a los gastos de curación y por los trabajos que el difunto, según su oficio, había dejado de prestar a causa de su muerte. En el Derecho precodificado europeo la concepción romanista pervive, salvo en la práctica jurídico-canónica. Ya sobrevenida la Codificación, subsiste la concepción estrecha de los glosadores en el BGB alemán, que en sus párrafos 844 y 845 limita la indemnización a los gastos de sepelio, a los alimentos debidos o que el difunto hubiera podido estar obligado a prestar, y similares disposiciones contienen los Códigos civiles austríaco y suizo

[3] No podemos olvidar que uno de los sectores en los que el progreso social ha requerido un giro decisivo en la forma de entender el Derecho común de la responsabilidad civil ha sido el de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por la circulación de vehículos a motor. Un ámbito que en la actualidad se estructura fundamentalmente a partir de un principio de socialización del riesgo, lo que ha exigido una inevitable superación del modelo de responsabilidad subjetiva basado exclusivamente en la culpa, para incorporar otras fórmulas jurídicas, como la del aseguramiento obligatorio, la creación de fondos de garantía o la supervisión pública de ciertas actividades vinculadas con el sector, mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y solidaridad con los dañados que a la lógica inherente al principio clásico *neminen laedere*, inseparable de la noción de culpa o negligencia.

[4] **Martin Casals, M.** *Conceptos perjudiciales (heads of dommages) en la indemnización por muerte y lesiones personales en Europa*. Indret 2013. Como afirma el autor existe además una enorme variedad en la indemnización de los daños morales.

[5] Si bien, como se ha destacado, no es fácil conseguir una armonización en esta materia debido a diversas consecuen-

gradual establecido convencionalmente para evaluar los daños derivados de los accidentes"[6].

A pesar de esta disparidad, un análisis de los diversos Ordenamientos jurídicos europeos ha puesto de manifiesto que la indemnización de los daños corporales es una necesidad ineludible en la mayoría de ellos. Que a pesar de no existir una disminución efectiva en el patrimonio de las víctimas, supone un consuelo en supuestos en que pueden sentirse más afectadas personalmente que en los de pérdidas directamente evaluables en dinero y que contribuye a reafirmar su dignidad[7].

Todo este análisis previo no hace sino que confirmar que el derecho a la integridad física es el primero de todos los derechos de la personalidad y además, es condición del resto. El derecho a la vida es un derecho fundamental que ha sido afirmado por la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950: el derecho de todas las personas a la vida está protegido por la Ley (artículo 2.1) y por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 3). Por su parte, el derecho a la integridad física y psíquica protege a las personas no solamente de las torturas, violencias y lesiones voluntarias, sino también de cualquier tipo de atentados involuntarios[8].

Es decir, podemos afirmar que daño corporal es la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la anatomía humana[9] e implica por definición una lesión a un derecho de la personalidad, como es la vida o la salud, que puede ser tanto física como psíquica. Y precisamente el hecho de afectar a un bien de la personalidad, ser por tanto, una daño no patrimonial, hace que su medida y su reducción a términos económicos sea prácticamente imposible y su valoración en la práctica constituya un problema de una considerable gravedad, pues se trata de atribuir al dolor físico o psíquico sufrido por la víctima un precio económico. Es decir, nos encontramos ante el denominado, *pecunia doloris* o precio del dolor[10].

La dificultad a la hora de establecer un concepto de daño corporal se agudiza por el hecho de hallarnos ante un daño que se manifiesta de diversas maneras, pues a pesar de causar una lesión a la integridad física o psíquica, en la mayoría de los casos trasciende de estas fronteras y originará una serie de gastos, encaminados a eliminar o aliviar las dolencias de dichas lesiones[11]. Igualmente, y con independencia de esos gastos aparece la incapacidad, ya sea permanente o transitoria[12]. Junto a estas manifestaciones podemos hablar de una tercera, que es la que se podría encuadrar en el ámbito de los daños morales, que son todos los sufrimientos psíquicos experimentados por la víctima como consecuencia del daño corporal sufrido, como serían el daño estético, o el perjuicio meramente moral, es decir, la pena o la tristeza. El daño corporal, por otra parte, puede ser radical o parcial, ya que puede consistir en la muerte, o en una lesión que se prolonga en el tiempo, que termina por curarse o que puede incluso no curarse. Es por ello que son tres las manifestaciones del daño corporal: la lesión temporal, la lesión permanente y la muerte.

La propia Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos a Motor de noviembre de 1995, al establecer las indemnizaciones por los daños causados a las personas estima la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no y las incapacidades temporales. La citada Ley se modificó por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Segu-

cias: en primer lugar, la Unión Europea carece de competencias en materia civil. En segundo lugar no todos los países de la Unión Europea perciben con la misma intensidad la necesidad de alcanzar un cierto grado de armonización de las legislaciones nacionales en esta materia. Cf. **Martin Casals, M**. *¿Hacia un baremos europeo para la indemnización de los daños corporales?* Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli- Lucas.

[6] Cfr. **López y García de la Serrana, J.** La regulación de los daños en accidentes de circulación en España. www.asociacionabogadosrcs.org. Destaca el citado autor que las características de un baremo son: es general, está predeterminado y agota la valoración del daño que cuantifica.

[7] Cf. **Martin Casals, M.** *Una primera aproximación a los "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil"*. www.indret.com.

[8] Derecho reconocido en nuestra propia Constitución donde se proclaman como derechos fundamentales el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica de la persona.

[9] Cf. **García Blázquez Pérez, M.–García Blázquez Perez, C.** *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. Editorial Comares, Granada 2006. pp. 1 y ss.

[10] Cf. **Gázquez Serrano, L.** *La indemnización por causa de muerte*. Editorial Dikynson. Madrid. 2000. pp. 172 y ss.

[11] El daño corporal puede tener muy diversas manifestaciones tales como: anatómicas, funcionales, estéticas, morales, extracorpóreas. Cf. **García Blázquez Pérez, M.–García Blázquez Perez, C.** *Nuevo manual de valoración*... ob. Cit. Pág. 2

[12] El RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social regula la invalidez y sus clases.

ro en la Circulación de Vehículos a Motor, que da cumplimiento al mandato conferido al Gobierno por la disposición final primera de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados[13]. Y Real Decreto legislativo que a su vez ha sido modificado por la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre)[14]. Por tanto, nos encontramos ante un daño corporal, del que pueden derivar otros de naturaleza patrimonial o extramatrimonial, según el caso concreto, y todos ellos se tomarán en cuenta a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria.

[13] Este Real Decreto Legislativo tiene por objeto la aprobación de un texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que da cumplimiento al mandato conferido al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, elabore y apruebe un texto refundido e la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Es conveniente recordar una vez más las recientes modificaciones introducidas por la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre. El texto refundido debe de recoger las consecuencias que, sobre la aplicación de los factores de corrección sobre las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal recogidas en la Tabla V del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, supuso la sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, que declaró su inconstitucionalidad en los supuestos en que la causa determinante del daño que se debe reparar sea la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho decisivo.

[14] Mediante esta Ley se modifica el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, a fin de incorporar al Derecho interno la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo, y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (quinta Directiva del seguro de automóviles). Asimismo, se efectúan otras modificaciones al objeto de avanzar en la regulación del seguro obligatorio de vehículos a motor, uno de los de mayor trascendencia del mercado español de seguros tanto en su vertiente social de protección a las víctimas de accidentes de circulación y a los asegurados, como en su dimensión económica, en continua expansión.

## II. La indemnización por causa de muerte y el problema de la valoración económica de la vida humana: sistemas indemnizatorios

El afirmar que el derecho a la vida es un derecho de la personalidad, es algo que trasciende del marco meramente teórico, pues va a tener una serie de consecuencias jurídicas, siendo una de las más importantes la reacción del Ordenamiento Jurídico en el supuesto que se produzca una lesión o agresión al mismo. Es decir, dándose el caso de una agresión del derecho a la vida, se articularán una serie de mecanismos tendentes a evitar que el autor del daño quede impune, a la vez que se intentará, en la medida de lo posible, borrar el perjuicio causado.

Cualquiera que sea el sistema que se escoja en orden a la valoración de los daños corporales, se podrán invocar ventajas e inconvenientes, si bien tendremos que optar por aquel que pensemos, que, a pesar de sus inevitables defectos, pueda sernos más útil a la hora de establecer la difícil valoración de la vida de una persona. Así, nos podremos preguntar si el establecer un sistema de indemnizaciones tasado, que sea vinculante para los órganos jurisdiccionales, servirá a estos de ayuda para la valoración de los daños personales, o si por el contrario será solamente un impedimento y un obstáculo al tradicional sistema de libre apreciación y discrecionalidad judicial.

Como en líneas anteriores hemos afirmado, los criterios adoptados han oscilado entre un sistema de libre apreciación judicial y un sistema de baremos con cantidades preestablecidas. El primero de ellos se basa en que el juez es soberano para declarar la procedencia de la indemnización y para fijar el *quantum* indemnizatorio. El juez no se halla sometido a previsión normativa alguna, sino que actuará con total discrecionalidad, examinando las circunstancias especiales de cada caso, discrecionalidad que en cualquier caso, impone un juicio de equidad[15].

Esta amplia discrecionalidad judicial supone que el juzgador cuando valora el daño mediante la sentencia, no está sometido a ningún tipo de parámetro o baremo[16]. Es por tanto doctrina

[15] Tal y como dispone el artículo 3.2 del Código Civil, equidad que además presupone que el juzgador ha de someterse a criterios de valoración razonables y que respeten el principio de proporcionalidad que evite la arbitrariedad, tal y como reza el artículo 9.3 de la Constitución española.

[16] Aunque se mantenga la discrecionalidad, el juez deberá de motivar sus sentencias, exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 de la Constitución, lo que obliga al órgano jurisdiccional a descomponer las correspondientes par-

reiterada por el Tribunal Supremo, que el *quantum* de la indemnización por daños y perjuicios, es materia confiada exclusivamente a la discrecionalidad y prudente arbitrio de los Tribunales de instancia[17]. Se hace preciso recordar que este sistema de libre apreciación judicial está vigente en la indemnización de los daños corporales que se producen en ámbitos distintos de los derivados de la circulación de vehículos a motor[18].

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997 declaró expresamente que "La cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente... la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto".

El juez dispone de un amplio arbitrio para fijar el *quantum* indemnizatorio, arbitrio que se ve beneficiado por el hecho de que en nuestro Derecho no existen principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la responsabilidad civil comprende, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, sanciones bastantes en cada caso para lograr la indemnidad que es el único designio de la norma[19]. Deberá asegurarse que los perjuicios aparezcan determinados como ciertos y no atendiendo a hipotéticos y futuros perjuicios[20]. Así en el acaso que los daños sean materiales o patrimoniales atenderá al resultado de la prueba. En el supuesto de daños inmateriales o morales, o incluso en aquellos supuestos de daños materiales de difícil cuantificación, como podría suceder con los daños futuros, el juez atenderá a la equidad y en cualquier caso establecerá razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamente la cuantía de los daños e indemnizaciones[21].

Ahora bien, el hecho de esta libertad judicial y la falta de posibilidad de unificación por parte del Tribunal Supremo[22], ha hecho que en la práctica, la valoración del daño físico o del daño moral no sea precisa y que además no existan criterios uniformes para su regulación. Esta falta de criterios uniformes dentro de las resoluciones judiciales ha provocado que ante circunstancias bastante análogas, sin embargo, las indemnizaciones concedidas hayan sido muy distintas.

Por tanto, las dificultades propiciadas por esta libre apreciación judicial del daño corporal, y ante la ausencia de principios generales rectores de la indemnización, puso de manifiesto la necesidad de dotar a los jueces de instrumentos objetivos y uniformes para la valoración pecuniaria de estos daños corporales, que ha conducido a la formulación de principios y baremos en diferentes ámbitos normativos.

El sistema legal de predeterminación y cuantificación de los daños personales ocasionados por el hecho circulatorio, no se ha introducido *ex novo* en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley 30/1995, sino que con anterioridad se ensayaron otras fórmulas, que si bien no eran vinculantes para los jueces y tribunales, les ofrecían pautas para acometer la delicada tarea de valoración y cuantificación de los llamados daños corporales producidos por razón del tránsito de vehículos a motor. Así, por Resolución de la

tidas hasta llegar al montante final. Además es un derecho de los que intervienen en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de nuestro texto constitucional.

[17] Cf. Entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990 y 25 de marzo de 1991.

[18] Si bien es por todos conocido la práctica de los tribunales de aplicar con carácter orientativo el "Baremo" en ámbitos ajenos a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación, por ejemplo en el caso de los daños producidos como consecuencia de los accidentes de trabajo.

[19] Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1987.

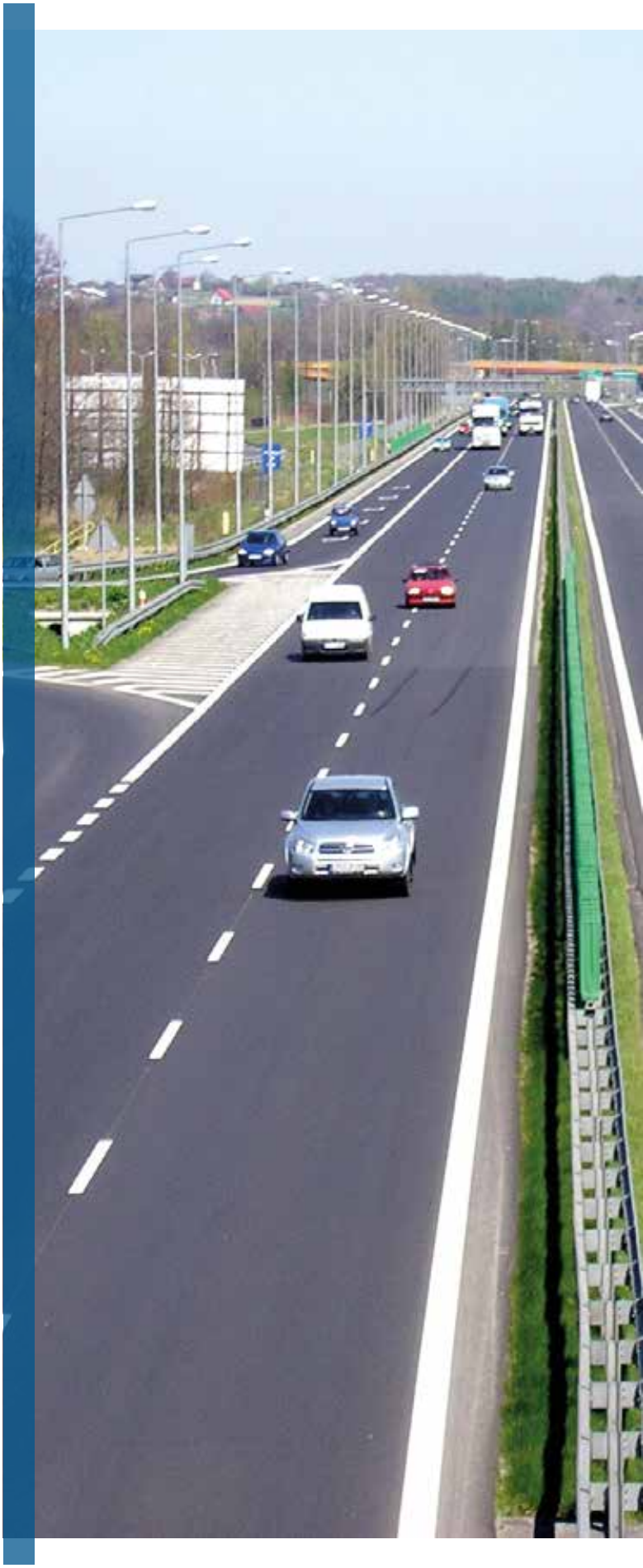
[20] Cf. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 26 de junio de 1985.

[21] El propio artículo 1902 del Código Civil al establecer de modo genérico y como única obligación la necesidad de reparar el daño causado, dada la amplitud de este concepto, otorga al juez la más amplia discrecionalidad a la hora de determinar la forma y la cuantía de la indemnización, de modo que este principio de absoluta libertad del juez para valorar los daños conforme a su prudente arbitrio, han hecho que los criterios utilizados por la jurisprudencia en materia de valoración de daños personales hayan sido muy variados, utilizándose como más frecuentes, el estado civil, la edad y demás circunstancias de la víctima.

[22] Uno de los principios fundamentales en los que se basa nuestra jurisprudencia, es que la apreciación del daño, tanto en lo que se refiere a su existencia como en lo concerniente a la determinación del quantum indemnizatorio, es una cuestión de hecho reservada exclusivamente al discrecional criterio del Tribunal de Instancia y además no revisable en casación. Cf. Entre otras las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: 22 de abril de 1983, 27 de mayo de 1987, 30 de septiembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 19 de octubre de 1990 o 22 de mayo de 1995.

Dirección General de Seguros de 1 de junio de 1989 se aprobó un baremo orientativo para el cálculo de las indemnizaciones de los daños corporales y por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991[23], ante la necesidad de introducir un mecanismo de certeza considerable en un sector en el que existe una gran indeterminación, entró en vigor una más adecuada regulación que fue objeto de sucesivas modificaciones y actualizaciones[24]. Si bien el sistema establecido por la citada Orden estaba pensado expresamente para los accidentes derivados de la circulación de vehículos a motor, sin embargo, los Tribunales también han hecho aplicación del mismo a situaciones ajenas al uso y circulación de los vehículos a motor[25].

La tendencia de establecer sistemas preestablecidos para la cuantificación y valoración del daño corporal, es una necesidad sentida no solo en España sino en otros muchos países y



[23] A pesar del carácter orientativo y no vinculante de la Orden la realidad es que desde su publicación fue utilizada por muchos jueces y tribunales y hacen referencia a la misma en un gran número de sentencias, destacando además las ventajas propias del sistema. Fuero n por tanto muy numerosas las sentencias que rápidamente se hicieron eco de la utilidad práctica de dicho sistema y lo utilizaron en sus resoluciones: sentencias de AP de Santander de 17 de mayo de 1991 y 20 de mayo de ese mismo año, la de la AP de Vizcaya de 22 de septiembre de 1993 la de la AP de Gerona de 12 de abril de 1991, la de la AP de Oviedo de 15 de mayo de 1991. La mayor parte de las sentencia pone de manifiesto el valor orientativo que no vincula para nada a los Tribunales y así lo expresaron entre otras la sentencia de 27 de junio de 1991 del Juzgado de Instrucción número 2 de Lérida o la sentencia de 9 de julio de 1991 del Juzgado de Instrucción número 1 de Santiago de Compostela.

[24] A través de esta orden se puso de manifiesto las ventajas que presenta el establecer un sistema para la valoración de los daños personales, pues mediante unos criterios preestablecidos, se consigue un grado de certeza y de previsibilidad bastante considerable, dando a la vez cumplimiento al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española. De la misma forma se evitan desigualdades, pues con este proceder se estimula un trato análogo ante situaciones similares, de modo que se da debido cumplimiento del artículo 14 de la Constitución. Igualmente facilita los acuerdos extrajudiciales entre las partes, reduciéndose la litigiosidad a la vez que se agiliza el pago de las indemnizaciones.

[25] Actualmente la necesidad de baremos se reclama en ámbitos distintos de la circulación de vehículos a motor, así podemos mencionar también un proyecto de baremo específico en el ámbito sanitario, es decir, que fije las indemnizaciones que puedan corresponder por daños producidos como consecuencia de la actividad sanitaria, que tendrá además carácter vinculante. Creo que podemos preguntarnos qué sentido puede tener la existencia de baremos diferentes dependiendo de la actividad donde se desarrollen los daños, lo que podría llegar a situaciones en las que dependiendo del sector donde se produzca el daño tenga una valoración distinta, lo que podría llevar a plantearnos la posible vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.




así, dentro del marco del Comité de Ministros del Consejo de Europa se publicó en 1975 una Resolución en la que se establecían unos principios relativos a la reparación de los daños causados como consecuencia de lesiones corporales y muerte y marca, sino reglas concretas, sí al menos unos principios orientativos relativos a la reparación de estos daños, principios que son simples recomendaciones para los Estados miembros pero que en ningún momento son vinculantes para los mismos[26].

La Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su Disposición Adicional Octava, modificó la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, pasando a denominarla 'Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor', dando nueva redacción a su Título I sobre Ordenación Civil (artículos 1 al 8 inclusive), añadiendo una Disposición Adicional bajo la rúbrica 'Mora del asegurador' e incorporando a su texto, mediante un Anexo el llamado 'Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación'[27].

En la actualidad se considera necesario estudiar una posible revisión del sistema legal valorativo a fin de introducir, si procediera, las modificaciones pertinentes. Para ellos los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia de la anterior legislatura, han comunicado una Orden con fecha de 12 de julio de 2011 por la que se crea una Comisión de Expertos con el objeto de elabora un informe sobre la modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes

[26] La influencia de esta Resolución fue recogida con posterioridad en el Coloquio Europeo de París de 1988, en el que también se pretendió buscar una metodología general de evaluación del daño corporal mediante la aplicación en los diversos sistemas de indemnización de unos principios generales. En este Coloquio se formularon meras recomendaciones que tenían como propósito inspirar criterios uniformes, tanto para la creación legislativa o práctica judicial de los Estados miembros de la Comunidad, como para la eventual promoción de una normativa emanada de la Comunidad como tal.

[27] Hoy está regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Real Decreto legislativo que ha sufrido algunas modificaciones operadas por la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

de circulación. Esta Comisión ya ha entregado un texto final corregido con fecha de 6 de junio de 2014[28].

También hemos de tener en cuenta la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, da un mandato al Gobierno para que en el plazo de seis meses apruebe un baremo específico de indemnizaciones de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para la compensación específica de dichos daños[29].

La comisión de expertos acordó acometer la tarea de su informe mediante la elaboración de un texto articulado, dividido en dos Títulos, uno de Disposiciones Generales u otro de Reglas de Valoración, y que en este segundo título se destinaría un primer capítulo a las reglas de indemnización en los supuestos de muerte, un segundo capítulo a las correspondientes a lesiones permanentes o secuelas y un tercer y último capítulo referido a lesiones temporales[30]. El sistema que propugna la comisión de expertos es sustituir el actual por otro que respete escrupulosamente el principio de vertebración del daño y separe claramente las consecuencias estrictamente personales, referidas al daño moral, y las consecuencia patrimoniales, y que recoja estas última en una Tabla específica de "daños patrimoniales" o más bien, en un sistema de tablas de daños patrimoniales[31].

El Anexo, comprensivo del indicado Sistema comprende a su vez, once criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización (apartado primero), una explicación sobre la aplicación del sistema (apartado segundo) y, finalmente, seis tablas de valoración que cabe diversificar en aquellas que fijan la indemnización básica, bien por muerte o bien por lesiones permanentes incluidos los daños morales, las que señalan los factores de corrección y la que comprende la clasificación y la valoración de las secuelas[32]. Constituye por tanto, una cuantificación legal del daño causado a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 116 del Código Penal.

[28] En la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los diputados tuvo entrada el pasado dos de diciembre de 2014 una proposición no de Ley relativa a la reforma del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las víctimas en accidentes de circulación presentada por los grupos parlamentarios Popular en el Congreso, Socialista Vasco (EAJ-PNV) y Catalán (Convèrgencia i Unió) (número de expediente 161/003215).

[29] Cf. En este sentido la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 que destaca la necesidad de aplicar, aunque sea con carácter orientativo los baremos legales, de forma que estima que "según reiterada jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002 , entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el pretium doloris [precio del dolor] o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las leyes. Surge así por Orden de 5 de marzo de 1991 el Sistema para la valoración de los daños derivados de accidentes de circulación, procedimiento que la propia norma (disposición tercera) califica como «idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago», y que es el antecedente del sistema luego incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (antes Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor) por la Disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ya con carácter vinculante en la materia (Apartado Primero, 1, del Anexo). Guiada por idéntica finalidad de evitar soluciones dispares la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor al que antes hemos hecho mención, para la fijación del pretium doloris y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, si bien, no con el carácter vinculante que el sistema presenta respecto de la cuantificación del quebranto derivado de un hecho de la circulación, sino únicamente con valor orientativo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, rec. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad y otra muy distinta, como dice la STS de 10 de febrero de 2006, que con ello se esté admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano judicial prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos".

[30] Cf. **Martin Casals. M.** Para una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("Baremo"). Líneas Generales de los trabajos de la "Comisión de expertos". Indret 4/2012.

[31] En la actualidad hay publicado un borrador del grupo de trabajo que contempla importantes modificaciones en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Según el mismo los principios fundamentales del sistema de valoración son (artículo 11-2): la reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada, para alcanzar la objetivación de su valoración.

[32] El sistema legal de valoración de daños de 1995 no es ni el único ni el primero. En 1960, la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea, ya estableció techos indemnizatorios

Uno de los rasgos más importantes del baremo es, su carácter vinculante. El juez se limita a determinar el alcance del daño corporal y aplica el baremo atendiendo a las circunstancias que en él se identifican como relevantes –esencialmente gravedad de la lesión, edad y circunstancias familiares y personales de la víctima–. El sistema se aplica imperativamente haya o no seguro –obligatorio o voluntario– salvo en caso de dolo; y abarca tanto el daño moral como al lucro cesante, pero no incluye las partidas de daño material ni los gastos médico-hospitalarios. En el baremo español se distinguen tres tipos de indemnizaciones –por muerte, lesión permanente e incapacidad temporal– con tres esquemas de indemnización básica, a las que se aplican unos factores de corrección prácticamente idénticos. El sistema de valoración del Anexo barema, por un lado, los daños personales, que comprenden la muerte, los daños corporales y el daño moral, y, por el otro, los daños de contenido económico que sean consecuencia de los primeros, los cuales incluyen desde el lucro cesante hasta los gastos asociados a la necesidad de adecuar la vivienda o de ayuda de otra persona.

De esta manera y según la nueva normativa, darán lugar a indemnización la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no, y las incapacidades temporales. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas, y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales[33].

El sistema de valoración establecido en el baremo cuantifica los daños personales, que comprenden la muerte, los daños corporales y el daño moral, y los daños económicos que se derivan de los anteriores, dentro de los que se incluyen el lucro cesante[34].

Ante este nuevo sistema, y dado su carácter vinculante, aparecieron en la doctrina judicial tesis totalmente contradictorias además de incompatibles, pues de una parte encontramos aquella que mantiene que el sistema sirve para cuantificar los daños causados en accidentes de circulación, y de otra la contraria, que mantiene, que si bien el sistema puede ser regulador de la cuantificación de la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación, los jueces sin embargo, siguen conservando su tradicional libertad de apreciación valorativa de modo que podrán fijar según su discrecional criterio el importe de la correspondiente indemnización[35].

Con relación a la primera opción, es decir, aquella que considera oportuno la sujeción al sistema vinculante desde el inicio aparecieron diversas resoluciones favorables al mismo; como ejemplo de ellas podemos citar la sentencia del Audiencia Provincial de Madrid de 5 de diciembre de 1996 donde expresamente se establecía que "la vigencia del baremo, vinculante para los Tribunales de Justicia, en orden a la cuantificación de las indemnizaciones correspondientes a daños corporales, es incuestionable, puesto que es sobradamente conocida y explícita la voluntad del legislador de limitar el montante de las indemnizaciones".

Frente a estas resoluciones podemos encontrar aquellas otras que por el contrario, entendían

de la responsabilidad civil en este sector, cuya regulación ha experimentado cambios significativos en la legislación comunitaria e internacional (Reglamento (CE) nº 2027/97, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, modificado por el Reglamento (CE) nº 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, y Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional). Asimismo, la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha creado una regla de cálculo de la indemnización por daño moral en un grupo de casos homogéneos, los de prisión indebida.

[33] Según el artículo 11-3 del borrador del grupo de trabajo serán daños objeto de valoración: dan lugar a la indemnización la muerte, las secuelas y las lesiones temporales de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes y con lo reflejado, respectivamente, en las Tablas 1, 2 y 3. Cada una de estas Tablas incluye de modo separado, la reparación de los perjuicios personales básicos (1.A, 2.A, 3.A), de los perjuicios personales particulares (1.B, 2.B, 3.B) y de los perjuicios patrimoniales (1.C, 2.C, 3.C).

[34] El sistema está estructurado en seis tablas con el siguiente contenido:
Tabla I. Indemnizaciones básicas por muerte.
Tabla II. Factores de corrección para indemnizaciones básicas por muerte.
Tabla III. Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
Tabla IV. Factores de corrección para indemnizaciones básicas por lesiones permanentes.
Tabla V. Indemnizaciones por incapacidad temporal.
Tabla VI. Clasificaciones y valoración de secuelas.
El sistema se articula a través de unas tablas que regulan unas indemnizaciones básicas, sobre las que se proyectan después, con otras tablas, unos factores de corrección aumentativa o disminuidora.

[35] También en la doctrina, aparecieron comentarios tanto a favor como en contra, habiendo defensores de dicho método al considerar que el sistema de baremación de los daños corporales es absolutamente necesario, mientras que otros por el contrario consideraron que la Ley era incluso contraria a la Constitución pues establece indemnizaciones iguales para quienes sufren daños patrimoniales de diferente entidad cuantitativa a la vez que no se puede justificar el hecho de que para el cálculo de la vida humana se baremice para los accidentes de circulación y no para los restantes campos donde los daños se producen.

el mantenimiento de la plena libertad judicial, y por tanto no acataban el carácter vinculante del baremo establecido en el Anexo de la Ley y así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de septiembre de 1996 puso de manifiesto como el sistema valorativo afecta exclusivamente al seguro obligatorio, manteniéndose por tanto la tesis de que permanece en vigor el criterio de la libre apreciación judicial en la valoración de los daños[36].

El propio Tribunal Supremo en sentencias de 26 de marzo y 24 de mayo de 1997[37] destacó el carácter no vinculante del baremo, y se pronuncia en contra de la baremación de los daños corporales, defendiendo que la determinación de la cuantía indemnizatoria deberá de hacerse conforme a las pruebas practicadas en el juicio[38].

[36] Esta situación creada como consecuencia de la Ley 30/95 y con la instauración del sistema vinculante, ha llegado, como no podía ser de otra manera hasta el Tribunal Constitucional, y con sentencia 181/2000, de 29 de Junio de 2000 se pronunció acerca de la constitucionalidad de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por el Juzgado de Instrucción número 10 de León, el Juzgado de Instrucción número 3 de San Sebastián, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, el Juzgado de Instrucción Número 4 de Valladolid, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Calahorra. Las dudas de Constitucionalidad no se extienden a la totalidad de la Ley, sino a concretos preceptos de la misma, en relación con la determinación de indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados a las personas en el ámbito de la circulación. Los preceptos cuestionados, por estimar que entran en contradicción con diversos principios y preceptos de la Constitución, tales como el artículo 14 (principio de Igualdad) en relación con los artículos 1.1 y 9.3, artículo 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y artículos 24.1 y 117.3 (derecho a la tutela judicial efectiva) son los siguientes: el artículo 1.2 y la Disposición Adicional, los párrafos 1, 5 y 7 del apartado primero del Anexo, el apartado segundo c) del mismo y la Tabla V sobre indemnizaciones por incapacidad temporal.

[37] El fundamento quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997, establecía los siguientes en relación con el nuevo sistema instaurado: Con mayor rigor y abundancia de argumentos habremos de pronunciarnos a la hora de examinar la aplicabilidad forzosa que parecen propugnar algunos baremos. Y, concretamente el contenido en la Ley, llamada de "Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor" de 8 de Noviembre de 1995, cuyo ambicioso título ya está pregonando un designio de regir, de manera general, la materia de la responsabilidad civil en los daños personales derivados de accidentes de tráfico. Los argumentos que se apilan en contra de esta aplicación indiscriminada y pretendidamente obligatoria no solo en el ámbito del Seguro Obligatorio, como parece lógico, sino en el del Seguro Voluntario son, en tre otros, los siguientes: A) La aplicación forzosa de este baremo a todos los daños personales causados en la circulación de vehículos, tanto en la cuantía cubierta por el Seguro Obligatorio como por el Voluntario, supone una evidente limitación de las funciones de los Tribunales de Justicia que, si fueran obligados a sujetarse al baremo, incluso en los supuestos en que, por defecto o por exceso, los daños probados no coincidieran con los señalados en el baremo, se verían forzados a prescindir de una parte importantísima de su función jurisdiccional que cercenando con ello sus facultades de valoración de la prueba. B) En cuantas ocasiones las partes pacten un seguro voluntario que se superpone sobre el obligatorio y que es desdeñado por el baremo, que a la hora de cuantificar no contempla la usual falta de limitación de la responsabilidad de los aseguradores del seguro voluntario, se atenta directamente contra el principio de libertad de pactos que informa nuestro Código Civil y sobre el que se funda la teoría general de la contratación civil, provocando, además, un lucro en quienes, percibiendo una prima mayor que la debida por el Seguro Obligatorio, no van a responder sino por los límites que el baremo señala en atención al mismo. C) Con ello se conculca directamente uno de los preceptos cardinales de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1902 del Código Civil, que ordena expresamente "reparar el daño causado" por culpa o negligencia. Y no cabe duda que no se cumple este precepto cuando la vinculación obligatoria a un baremo sustituye "la reparación del daño causado" por una indemnización, apriorísticamente fijada y que, a menudo, no coincide con la realidad del daño. Por lo que, en cuantos supuestos suceda esto, la aplicación forzosa y forzada del baremo resultará contraria, no solo el tenor literal del artículo 1902 del Código Civil, sino también la reiterada y ancestral doctrina jurisprudencial que, desde siempre, viene interpretando este importante principio regulador de la indemnización del daño causado por culpa o negligencia, en que se funda la responsabilidad extracontractual. D) Por otra parte, la imposición forzosa y exclusiva del baremo para cuantos asuntos versen sobre los daños ocasionados por la circulación de vehículos de motor supone una flagrante discriminación con relación a los producidos por otras causas. Y así, una caída en la vía pública, debida a la negligente construcción o mantenimiento de las zanjas y obras urbanas, puede comportar para la víctima una compensación económica, por cada día de incapacidad, de 10.000 pts. y, de hecho, estas son las cantidades usuales en la práctica forense de nuestros Tribunales. Mientras que si las lesiones son producidas por el golpe de un vehículo, por ligero que sea, que precipita a la víctima a la misma zanja, como consecuencia de tratarse de un accidente de circulación, la cantidad señalada por día no puede superar las 3.000 pts. diarias y ello aunque se trate de un perjudicado de especiales características y logre acreditar que los daños y perjuicios diarios sufridos son muy superiores a los que concede el baremo. Creemos que la arbitraria desigualdad de trato jurídico en uno y otro caso vulnera claramente el principio de igualdad ante la Ley, que proclama el artículo 14 de la Constitución. E) Finalmente, también el derecho a la vida y a la integridad física, que recoge el artículo 15 de la Constitución, aparece infringido por la aplicación obligatoria de los baremos. Pues en aquellos casos en que se ha producido un atentado contra tal derecho compete a los órganos judiciales reparar el daño causado. Y, repetimos una vez más, esto no tiene lugar cuando la reparación del daño no alcanza a la totalidad de su contenido, sino a la suma que el baremo fija, con independencia de su cuantía real, atendiendo a la indemnización que se estima justa en relación al importe de las primas del Seguro Obligatorio.

[38] Según el Tribunal Supremo la existencia de numerosos baremos puede llegar a plantear problemas jurídicos, pues con dichos baremos se podría llegar a alterar la función de cuantificar los daños a indemnizar, función que según el propio Tribunal es de ineludible cumplimiento y que por tanto no puede ser sustituida por la simple aplicación de un baremo, de modo que si de la práctica de las pruebas se arroja en el juicio un resultado distinto del que se pudiera derivar de la simple aplicación de un baremo, el órgano jurisdiccional, en cumplimiento de su función, deberá de recoger el caso concreto de los probado en autos.

Sin embargo, en la actualidad esta posición judicial ha cambiado, y hoy, sin duda alguna, el Tribunal Supremo afirma y mantiene el carácter vinculante del baremo, habiendo incluso sentencias que los aplican a ámbitos distintos de los accidentes de circulación[39]. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 15 de octubre d 2012, en un supuesto de fallecimiento de una menor como consecuencia de un fallo en el sistema eléctrico aplica con carácter orientativo el sistema de baremos destinado a los daños derivados de accidentes de tráfico y ello por la necesidad de respetar los cánones de igualdad y de equidad en su fijación para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad, tal y como manifestó la Sala de lo Civil en su sentencia de 9 de diciembre de 2008, entre otras. Y así dotar de seguridad jurídica a unos criterios indemnizatorios indudablemente inciertos[40].

Por tanto, guiada por la finalidad de evitar soluciones dispares la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor al que antes hemos hecho mención, para la fijación del *pretium doloris* y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, si bien, no con el carácter vinculante que el sistema presenta respecto de la cuantificación del quebranto derivado de un hecho de la circulación, sino únicamente con valor orientativo[41], teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, rec. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías

[39] Debemos de afirmar que no hay uniformidad de criterios en las distintas jurisdicciones; así la Sala primera del Tribunal Supremo rechaza la aplicación analógica del sistema de baremos a supuestos distintos de los accidentes de circulación, ya que, donde no hay identidad de razón no cabe analogía; es decir, se justifica la inaplicación analógica de los baremos en la heterogeneidad de los supuestos. En otras ocasiones la Sala Primera ha reconocido la aplicación orientativa de los baremos en sectores distintos a los accidentes de circulación: sentencias de 21 de noviembre de 1998, 23 de abril de 2003. Por su parte las Salas de lo Penal y de lo Contencioso Administrativa aplican orientativamente los baremos a cualquier caso de responsabilidad civil ajenos al ámbito de la circulación de vehículos a motor: sentencias de la Sala Segunda de 23 de enero de 2003 y 25 de abril de 2003; y sentencias de la Sala Tercera de 16 de diciembre de 1997, 28 de junio de 1999, 27 de septiembre de 2001, 14 de abril de 2003 y 7 de octubre de 2003.

[40] En este sentido la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 que destaca la necesidad de aplicar, aunque sea con carácter orientativo los baremos legales, de forma que estima que "según reiterada jurisprudencia, de la que es reciente ejemplo la STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002 , entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el pretium doloris [precio del dolor] o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las leyes. Surge así por Orden de 5 de marzo de 1991 el Sistema para la valoración de los daños derivados de accidentes de circulación, procedimiento que la propia norma (disposición tercera) califica como «idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago», y que es el antecedente del sistema luego incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (antes Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor) por la Disposición adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ya con carácter vinculante en la materia (Apartado Primero, 1, del Anexo). Guiada por idéntica finalidad de evitar soluciones dispares la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor al que antes hemos hecho mención, para la fijación del pretium doloris y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, si bien, no con el carácter vinculante que el sistema presenta respecto de la cuantificación del quebranto derivado de un hecho de la circulación, sino únicamente con valor orientativo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, rec. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad y otra muy distinta, como dice la STS de 10 de febrero de 2006 , que con ello se esté admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano judicial prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos".

[41] Así la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010 aplica el baremo con carácter orientativo en un supuesto de negligencia médica y considera que puede acudirse a los baremos para orientarse a la hora de calcular la cuantía de la indemnización, del mismo modo que se puede inspirar en algún otro documento similar o en el criterio jurisprudencial predominante en casos análogos.

para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad y otra muy distinta, como dice la STS de 10 de febrero de 2006, que con ello se esté admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano judicial prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos[42].

Con criterio parecido la sentencia de 15 de diciembre de 2010 de la Sala Primera del Tribunal Supremo deja claro que, la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 del Código Civil, y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se dota al sistema de criterios técnicos de valoración, así como de una seguridad y garantía para las partes mayor de la que deriva del simple arbitrio judicial, con la consecuencia de que solo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal '*a quo*' resulta manifiestamente errónea o ilógica (STS 14 de mayo 2008, y las que cita). Ahora bien, esta regla tiene también dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, sin salirse del baremo para procurar indemnizaciones distintas, puesto que lo contrario haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificaron del daño en un sistema en el que los valores de días y puntos están directamente calculados en previsión y ponderación a sus inherentes factores de corrección. Otra, que aun siendo posible revisar en ca-

[42] Cf. En el mismo sentido la sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008: "Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de que no existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el menoscabo en qué consiste el daño moral. Es, asimismo, muy amplia la facultad de apreciación de que dispone el juzgador en aquellos casos en los cuales, aun no tratándose estrictamente de la valoración del daño moral dimanante del daño corporal, sin embargo deben valorarse las consecuencias patrimoniales derivadas de la incapacidad que origina éste a raíz del mandato legal que ordena integrar en el importe de la indemnización el lucro cesante (STS 22 de diciembre de 2006, rec. 5188/1999, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001, 31 de octubre de 2007, rec. 3537/2000, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). Entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris* [precio del dolor] o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las leyes. En virtud de este principio (que informa los precedentes de esta Sala sobre inadmisibilidad de recursos o motivos de casación fundados en la falta de aplicación analógica del sistema de tasación legal de daños corporales derivados de accidentes de circulación: vgr., ATS de 5 mayo 1998, recurso de casación núm. 2418/1997 y STS de 19 de mayo de 2006), la jurisprudencia más reciente de esta Sala ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del pretium doloris y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS 11 de noviembre de 2005, recurso de casación núm. 1575/99, 10 de febrero de 2006, 19 de mayo de 2006, 22 de julio de 2008, rec. 553/2002, 2 de julio de 2008, rec. 1563/2001). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; aunque, como recuerda la STS de 10 de febrero de 2006, su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC. En lo que afecta al examen en casación de esta cuestión, esta Sala viene admitiendo que la cuantía de la indemnización concedida no es revisable en casación (STS 222/2005, de 28 de marzo, recurso de casación núm. 4185/98, 9 de junio de 2006 y 13 de junio de 2006, entre otras muchas), si bien este principio no resulta totalmente rígido, pues cabe la revisión en casación de las bases en las que se asienta la cuantía de la indemnización (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 18 de mayo de 1994), así como examinar supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada (STS de 23 de noviembre de 1999), especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesaria y adolecen de desajustes apreciables a tenor de una racionalidad media (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, y 21 de abril de 2005). Esto comporta como consecuencia lógica que, cuando se toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales el sistema de legal de tasación de los daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor, pueda examinarse en casación la infracción de esta base en aquellos casos en los cuales se aprecie una inexplicable o notoria desproporción entre lo que resulta de la aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la sentencia (STS 20 de diciembre de 2006, rec. 5188/1999), tal como se infiere a sensu contrario [por contraposición lógica] de la STS de 10 de febrero de 2006".



sación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS 6 de noviembre 2008; 22 de junio 2009). En el caso, la Sala se ha pronunciado expresamente tanto sobre el factor de corrección como de la pérdida de emolumentos para negarlos, posiblemente porque entiende correctamente indemnizado el daño con la indemnización que establece al margen de los factores[43].

[43] Más recientemente la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011 ha declarado que, esta Sala, a fin de evitar soluciones dispares, viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, para fijar los perjuicios y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad. Esta aceptación no es vinculante, tal y como aparece para la cuantificación de los daños derivados de un hecho relacionado con la circulación, sino orientativa, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Así lo establecen, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 22 de julio de 2008, [RC n.º 553/2002] y 2 de julio de 2008, [RC n.º 1563/2001]. Este es el criterio seguido por la Audiencia Provincial. El recurrente, reconoce el carácter orientativo de este sistema de valoración y se limita a mostrar su discrepancia, únicamente, respecto de la determinación de la cuantía fijada por la sentencia que se recurre, alegando que es diferente a la establecida por la Tesorería General de la Seguridad Social, en la determinación de los perjuicios causados a los actores, como consecuencia del mismo hecho objeto de este procedimiento, el fallecimiento del padre y esposo de los demandantes. Esta discrepancia no puede sostener válidamente el recurso de casación.

## III. Problemas de legitimación activa

Una de las tareas primordiales de la indemnización por causa de muerte reside en determinar si el hecho de la muerte constituye o no un daño resarcible a la persona que la padece, y si una vez admitida la existencia de este daño, la acción para reclamar la reparación se transmite o no a sus herederos.

Las propuestas doctrinales y jurisprudenciales sobre quien está legitimado para obtener la indemnización por causa de muerte, se han centrado siempre en dos posturas opuestas: la de aquellos que opinan que los beneficiarios lo son *iure hereditario*, es decir, por ostentar la cualidad de herederos de la víctima, y la de los que, por el contrario, sostienen que estas personas tienen derecho a la indemnización *iure propio*, es decir, por ser ellos mismos los perjudicados por la muerte de la víctima, con independencia del hecho de su condición de herederos[44].

En realidad, el optar por una u otra posición es algo que trasciende de la pura teoría y que tendrá importantes efectos en la práctica, no sólo de legitimación activa, sino incluso desde el punto de vista fiscal. Así, si lo consideramos como un derecho hereditario vendrá sujeto a las posibles reclamaciones por parte de los acreedores de la herencia y al correspondiente impuesto sucesorio. Tal no sucederá si estamos en presencia de una indemnización asignada como derecho propio a los perjudicados y como con-

[44] La discusión se centra en determinar si el derecho a obtener la indemnización tiene su base en la condición de heredero del fallecido, o en la de perjudicado por el suceso. Pero hay que advertir que es bastante frecuente, en la práctica, que los perjudicados con la muerte sean además parientes o sucesores del difunto, aunque, ciertamente, no siempre tienen que coincidir ambas circunstancias

secuencia del daño o menoscabo por ellos mismos sufrido.

Centrándonos en la primera de las opciones, es decir, la que mantiene que nos hallamos ante un derecho sucesorio, el derecho a la indemnización sería adquirido por la víctima en el momento en que ésta disfrutase todavía de personalidad jurídica para esa adquisición. Es por ello que el derecho a la reparación constituye un elemento del patrimonio, que junto a los demás bienes que lo integran, se transmite a los sucesores del difunto a título universal, e incluso a título particular, en el supuesto que el crédito a la reparación ostentado por el causante, hubiera sido legado por testamento[45].

Admitida la tesis de la transmisibilidad las consecuencias serían: * Los herederos tienen derecho a la indemnización por su mera condición de tales, por lo que resulta intrascendente el grado de parentesco, más o menos próximo entre el causante y el causahabiente, hasta el extremo que la indemnización procede aunque el heredero sea el Estado. * La indemnización a favor de los herederos debe de ser acordada en todo caso. * Es perfectamente lícito conceder la indemnización de modo genérico a los herederos del fallecido, o sea, sin determinar quiénes son éstos, porque no es lógico presumir que sean conocidos individual y fehacientemente.

En segundo lugar, podemos hablar de la legitimación *iure proprio*, mantenida actualmente de forma mayoritaria tanto por nuestra jurisprudencia como por la mayor parte de la doctrina. Según esta opción, la muerte acaecida como resultado de un hecho ilícito, no da lugar al nacimiento en el patrimonio de la víctima de ningún derecho indemnizatorio y, por tanto, no es posible su transmisión a los herederos, sino que, por el contrario, lo que se produce es un perjuicio a las personas más allegadas a la propia víctima, de modo que la reclamación de éstas quedará fundamentada *iure propio*. Es decir, a los parientes ostentando la cualidad de herederos, no se les transm ite el derecho a las indemnizaciones, pues se trata de un derecho que el causante nunca llegó a adquirir. Pero si los parientes en su calidad de herederos no pueden hacer uso de tales derechos, sin embargo, la condición de pariente sería título suficiente para poder ejercitar las acciones que tiendan a la reparación de los perjuicios materiales y morales que ellos mimos hayan podido sufrir como consecuencia de la muerte de la víctima[46].

En realidad, en los supuestos de indemnización por causa de muerte nos encontramos ante distintos tipos de daños y distintos sujetos afectados. Así, en primer lugar tenemos el primer daño, consistente en la muerte, y que afectará a la víctima inicial. Pues bien, se estima que es imposible que la víctima pueda llegar a obtener una indemnización por este tipo de daño, por el hecho que el perjuicio es la propia muerte, momento en el que la persona deja de existir y hay una imposibilidad jurídica a que el sujeto pueda recibir una indemnización por el hecho de que ha dejado de existir; luego, difícilmente, podrá transmitir a sus sucesores un derecho que nunca ha llegado a ser suyo y que nunca ha ingresado en su patrimonio.

El segundo de los daños a considerar y de las personas afectadas, es el perjuicio, material o moral, causado a las personas más allegadas a la víctima, y que han sufrido un daño propio por el hecho de la muerte del pariente, pero con independencia de su condición o no de herederos. Es un daño y un derecho al ejercicio de la acción que nace en los parientes *ex novo*; aunque en la mayoría de los casos concurrirán en la misma persona ambas condiciones, es decir, la calidad de herederos del muerto y la de perjudicados propios por la muerte del pariente[47].

Podemos plantearnos la pregunta que ocurre si la una persona sufre unas lesiones como consecuencia de un accidente de circulación y

[45] Por tanto, el daño se produce a la persona que vive, a ella se le quita la vida. No es la muerte, que sería la consecuencia, sino el acto que la produce, el que origina la responsabilidad del culpable. El hecho causante se produce viviendo la víctima aunque la muerte sobrevenida manifiesta su carácter y su alcance. Esta posición doctrinal se basa por tanto en las siguientes ideas: la muerte provocada por un hecho ilícito es un daño que se infiere a la víctima, siendo un daño que consiste en la lesión irreversible del bien jurídico de la vida, que, por otra parte, conlleva consecuencias económicas.

[46] En el instante en que se produce un daño con resultado de muerte, tiene lugar la extinción de la personalidad, tal y como dispone el art. 32 del Código Civil, con lo cual la víctima no llega a adquirir ningún derecho por la pérdida de la propia vida, como es el derecho a la reparación del daño. Consecuentemente, tal derecho no llega a entrar en su patrimonio y, por ello, tampoco en su herencia. Esto tiene como consecuencia que el derecho a la reparación lo tendrán como perjudicados, los parientes y allegados, independientemente del hecho que sean o no herederos, y tendrán ese derecho *iure proprio*, y no, aunque sean también sucesores, *iure hereditario*.

[47] En la jurisprudencia se han pronunciado sobre tal cuestión, entre otras, la STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/2972) afirma que "al fallecer una persona como consecuencia de un delito, la obligación de indemnizar surge pero no en virtud del fenómeno sucesorio, ya que el difunto nada llegó a adquirir en vida que pudiera ser integrado en su patrimonio por lo que nunca podría haber sido objeto de transmisión

posteriormente al mismo fallece, por causas ajenas al mismo, sin haber ejercitado la acción civil de reclamación de la cantidad debida como indemnización por las referidas lesiones. Es decir, ¿podrán sus herederos reclamar a los responsables la cantidad que el perjudicado no llegó a cobrar? Entiendo que no existe problema alguno en dar una respuesta a afirmativa pues no deja de tratarse de un derecho de crédito que no se extingue con la muerte de su titular y por tanto es perfectamente transmisible a sus herederos. Así lo declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de septiembre de 2005[48].

Igualmente podemos mencionar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012; en ella se establece la compatibilidad de las indemnizaciones que corresponderían a un lesionado por un accidente, junto con las derivadas por los daños ocasionados a sus familiares por su fallecimiento cuando fue consecuencia del accidente, es decir, los herederos reclaman *iure hereditatis* la indemnización correspondiente a la incapacidad temporal, e *iure propio* la que le corresponde como perjudicados por la muerte del familiar. La decisión del Tribunal Supremo resulta clara y establece que el perjuicio tiene como causa el accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento de acuerdo con el artículo 659 del CC. Tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho –*iure hereditatis*–, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente –*iure propio*– puesto que se trata de daños distintos y compatibles[49].

## IV. Perjudicados por el fallecimiento

Una vez que se ha aceptado la posibilidad de una acción que nace *ex iure propio* a favor de los familiares y de los terceros que hayan sufrido un daño, hay que plantearse quienes pueden considerarse perjudicados. Y podemos afirmar que legitimados estarán los más próximos allegados de la víctima, que sean privados como consecuencia de la muerte de legítimas expectativas, y no sólo de orden patrimonial, sino que, en definitiva, tendremos que considerar la existencia de una relación económica o afectiva, que quiebre o empeore como consecuencia del fallecimiento, y siempre que el daño producido sea actual y cierto. Es decir, habrá que reclamar daños reales, con lo que nos enfrentamos a un problema de prueba, pues se deberá de acreditar la existencia de los mismos. Es necesario poner límites a la repa-

*mortis causa*" y añade que "el derecho a la percepción del resarcimiento de las consecuencias derivadas de infracción penal no tiene naturaleza hereditaria sino que es iure propio" o la STS de 24 de junio de 2002 (RJ 2002/5970) que dice que "el derecho al resarcimiento de las consecuencias derivadas de infracción penal no tiene naturaleza hereditaria sino que es "iure propio", que corresponde a quien acredita un perjuicio real derivado de la misma (lucro cesante para quien depende económicamente de la víctima, gastos ocasionados con sepelio o "daño moral" real, efectivo y suficientemente acreditado)".

[48] En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 19 de enero de 2000 Sección 3ª reconoce la absoluta transmisibilidad del derecho a percibir la indemnización por los herederos, ya que entiende que en estos casos no se trata de un crédito personal del fallecido no transmisible a sus herederos, «pues la indemnización por lesiones se devenga día a día que transcurre desde que se ocasionan hasta su desaparición por curación, o como en este caso por el fallecimiento, por lo que es evidente que tales indemnizaciones ingresaron en el patrimonio del perjudicado, formando parte de su haber hereditario al haber fallecido antes de su percepción y perfectamente transmisibles a sus herederos conforme a lo dispuesto en el art. 659 del Código Civil». Ahora bien, lo que hace esta Sala es individualizar los conceptos que son transmisibles por herencia y, por tanto, entiende con razón que no cabe indemnización por posibles secuelas, pues al tratarse de resarcimiento por deficiencias futuras una vez producida la sanidad, es obvio su improcedencia. La Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 29 de junio de 2007 Sección 4ª, trata sobre el concepto en el que los herederos deben adquirir la indemnización en estos casos y así recuerda que es criterio uniforme que en caso de fallecimiento de la víctima los perjudicados por tal hecho no adquieren derecho alguno por causa de herencia sino *ex iure propio*. Ahora bien, otra cosa distinta es que el siniestro no ocasione la muerte de la víctima, ya que ésta es la clave del estudio que estamos analizando, sino que ésta fallezca con posterioridad y por causa diferente al accidente. A este respecto establece el apartado 4.º del criterio 1.º del anexo de la LRCSSVM que «tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeras en la tabla I, y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente». En estos casos, la persona que fallece aunque por causa distinta al siniestro tiene el concepto de «perjudicada en el accidente» en tanto en cuanto que fue víctima y resultó lesionada en el mismo, por lo que adquirió un derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios sufridos.

[49] Cf. **Dominguez Martínez. P**. El derecho a reclamar la indemnización por incapacidad temporal y lesión permanente es transmisible a los herederos y es compatible con la indemnización por daños a los familiares por fallecimiento cuando fue consecuencia directa del accidente de tráfico que provocó las lesiones. Centro de Estudios de Consumo notas jurisprudenciales.

ración cuando se trate de daño moral que afecte a los sentimientos, pues no todo sufrimiento o contrariedad merece que se le conceda una indemnización; es por ello, que resulta difícil determinar la persona verdaderamente perjudicada, porque el dolor, dados los vínculos de parentesco, afecto y simpatía que unen a las personas, tiende a extenderse en un grupo más o menos amplio, de modo que un mismo hecho dañoso puede causar sufrimiento a un gran número de sujetos. La Sentencia de 23 de diciembre de 1985 de la Sala Primera del Tribunal Supremo enseña que, cuando concurre una pluralidad de perjudicados, no queda otro remedio sino establecer un orden de preferencia excluyente "... por no poder abarcar a todos los que... se sienten damnificados, siguiendo un orden lógico de afinidad con el causante, de modo que sean los más inmediatos a él los que... reciban [la indemnización], con exclusión de los demás, pues de seguirse un criterio distinto, tendría que distribuirse el montante total de la indemnización entre todos aquellos que de alguna manera hubiesen sufrido, cualquiera que fuese su grado, el doloroso vacío, con quiebra evidente del principio general que rige en materia de indemnización por concepto de perjuicios materiales y morales, que prima como es natural a quien haya sufrido de forma más directa y palmaria el detrimento producido por la desaparición de la persona que constituyera el centro económico o afectivo, por depender de ella o por causa de la vinculación o vida en común..."[50].

En principio estarán legitimados los familiares y terceros allegados a la víctima que hayan sufrido un verdadero perjuicio. Pero, incluso aquí, debemos de establecer límites y reducir tanto el número de personas que podemos incluir dentro del círculo familiar como el número y calidad de los terceros que pudieran verse afectados. Por familia entendemos que es necesario adoptar un concepto estricto restringido y actual de la misma, en la que cobra una gran intensidad el lazo conyugal (o análogo afectivo) y la descendencia, pero sin que por ello se tenga que eliminar a los ascendientes, hermanos u otros colaterales próximos, siempre claro está que se acredite la realidad del perjuicio sufrido. Lo que está claro es que dentro de este círculo parental habrá que establecer un orden de jerarquía o preferencia, sin olvidar que, en ocasiones, se podrá producir una compatibilidad de indemnizaciones entre los mismos, como puede ocurrir en aquellas ocasiones en las que se otorga a la viuda conjuntamente con los hermanos o padres del fallecido.

Ante la ausencia de una regulación legal, ha sido la jurisprudencia la que ha ido señalando estas reglas jerárquicas, si bien, en la actualidad, se han elevado a rango legal por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, por todos conocida y cuya última redacción viene de aprobarse en el reciente Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (BOE 5 de noviembre de 2004). Es conveniente destacar que el citado Real Decreto ha derogado expresamente la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, si bien, ha dejado en vigor el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que en la misma se contenía, tal y como manifiesta expresamente la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En la regla cuarta de las generales del apartado primero del Anexo, se establece que en caso de fallecimiento tienen la condición de perjudicados las personas enumeradas en la Tabla I. Por tanto, se negará la condición de perjudicado a las personas no incluidas en los diversos grupos de la Tabla, de modo que nos encontramos ante un sistema que contiene un número de perjudicados caracterizado por la taxatividad y por el carácter excluyente de cada grupo en relación con los ulteriores. La Tabla I contiene una lista de perjudicados ordenados por grupos consecutivos excluyentes, en los que el eje es la situación familiar de la víctima, y así aparece de forma expresa en la posición inicial de la propia Tabla. Se divide ésta en cinco grupos de perjudicados: 1) Supuesto de hecho de víctima con cónyuge. 2) Víctima sin cónyuge

[50] En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 8 de octubre de 2002 declaró que en cuanto a la indemnización, el Sistema para la valoración de los perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, en los criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización –primero, 4.º– establece que sólo tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I, por lo que en el caso concreto de la víctima con hermanos solamente, lo serán éstos, y ello porque, en general, y en un sentido muy amplio, toda persona humana experimenta un sentimiento de desgracia, ante la muerte de un semejante, sin embargo, no resulta admisible entender que todos los familiares tienen acción frente al causante del daño o su aseguradora, pues ello supondría la ruina del responsable si tuviera la mala fortuna de haber causado el fallecimiento de persona con abundante copiosa parentela en sus diversos grados, pues todos los familiares tendrían derecho a ser indemnizados por los daños, como mínimos morales, derivados del fallecimiento. Consecuentemente, al tratarse de grupos excluyentes, únicamente tienen condición de perjudicados y beneficiarios, en este caso, los hermanos. Pero es indudable que la indemnización por muerte de un familiar, no puede entenderse que sea herencia, no puede recibirse en concepto de heredero, pues, para ello, sería indispensable que antes hubiera pertenecido al patrimonio del fallecido, ya que la

pero con hijos menores. 3) Víctima sin cónyuge pero con todos sus hijos mayores. 4) Víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes. 5) Víctima con hermanos solamente[51].

El primero de los perjudicados en caso de muerte es el cónyuge de la víctima, siempre que no esté separado legalmente al tiempo del accidente, de modo que el cónyuge que sólo estuviera separado de hecho tendrá la condición de perjudicado principal[52].

La Ley 30/95 establece expresamente que las uniones conyugales de hecho consolidadas, se asimilarán a las situaciones de derecho, por tanto, quien mantiene una convivencia es indudable que la muerte del otro conviviente le provoque un perjuicio cierto, perjuicio que le legitimará para reclamar una indemnización por la muerte de su pareja; con independencia, además, de encontrarnos ante una relación heterosexual u homosexual. Así, la Tabla I del sistema, incluye perfectamente el reconocimiento como tales de las parejas homosexuales y, es más, de haber sido intención de la norma el excluirlas de la aplicación del sistema debería haberse señalado así expresamente, lo cual hubiera provocado en tal caso una causa de inconstitucionalidad de dicha norma por ser en dicho sentido totalmente discriminatoria[53].

Una situación que se da en la práctica y no con escasa frecuencia, es la coincidencia de la esposa no separada legalmente y la pareja de hecho con convivencia actual con la víctima; podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 14 de mayo de 2013, Sección 2ª, según la cual, ambas, la esposa y la conviviente, tienen cada una el derecho al 50% de la indemnización "en el presente caso hay dos derechos consolidados, el de la esposa no separada legalmente porque así se lo reconoce el Grupo I Tabla I del Anexo del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos y el de la pareja de hecho, conviviente *more uxorio*, porque el mismo Anexo reconoce a las uniones conyugales de hecho consolidadas la situación de derecho. La primera es perjudicada porque legalmente tiene un derecho reconocido y la segunda porque su situación se asimila a la situación de de-

misma esencia de la sucesión hereditaria, es suceder en aquello que sea propio del causante, y la indemnización por fallecimiento nunca ha estado en el patrimonio del fallecido, ya que se concede como consecuencia de la muerte. En este supuesto el hermano de la fallecida D. Macario R. G. no reúne la condición de perjudicado, pues éste falleció a la semana siguiente de la atropellada Josefa R. G., encontrándose en el Hospital al fallecer ésta. Si no llegó a enterarse del fallecimiento no llegamos a comprender, y tampoco se han puesto de manifiesto, qué perjuicios morales sufrió, no acreditándose tampoco perjuicios materiales. Consecuentemente la Audiencia Provincial no considera que Macario R. G. fuese perjudicado moral o materialmente por la muerte de su hermana Josefa, porque no se enteró de la misma, y por ello al no existir una razón que le perfile como afectado directa y sensiblemente, en el orden económico o personal, no pueden, sus herederos, agitar la pretensión de un derecho económico a obtener una indemnización como derecho propio del Sr. R. G.

[51] Según la sentencia de la Sala Primera del tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008, *no están incluidos como perjudicados los familiares del conductor fallecido, interviniente con carácter exclusivo en el accidente de circulación y tomador del seguro de suscripción obligatoria;* «Desde la perspectiva del Derecho de seguros, el seguro de suscripción obligatoria en materia de circulación es una modalidad de seguro de responsabilidad civil, el cual, como tal, contempla el daño originado a un tercero por el responsable y no el daño padecido por el causante ni, en consecuencia, el daño o perjuicio reflejo de él derivado. El seguro de suscripción obligatoria incluye los daños morales derivados de la pérdida de un ser allegado, así como las consecuencias patrimoniales dimanantes de dicha pérdida (artículo 1 LRCSVM), pero ambos son daños o perjuicios indirectos o reflejos que derivan del daño corporal, por lo que si este queda excluido del ámbito de la responsabilidad y, en consecuencia, de la cobertura, tampoco puede extenderse esta a los daños o perjuicios indirectos o reflejos (...). Extender el resarcimiento por causa de muerte a los allegados del conductor fallecido, único implicado en el siniestro, supondría atribuir, sin un precepto legal que lo autorice, efectos propios de un seguro de accidentes a un seguro que está concebido y regulado como un seguro de responsabilidad civil».

[52] Si optáramos por una interpretación meramente literal de las normas que forman el sistema de valoración, deberíamos entender incluido dicho supuesto en la Tabla I del Grupo I, y ello, en cuanto que en la regla aclaratoria de dicha Tabla tan sólo se exige que el cónyuge beneficiario no se encuentre separado legalmente de la víctima al momento del accidente, por lo que al estar separado tan sólo de hecho no se encontraría excluido de la aplicación de la mencionada norma. Sin embargo, tal solución sería totalmente absurda, por cuanto como consecuencia de una separación, aunque sólo sea de hecho, cada persona se encuentra totalmente desvinculado de la otra y, por tanto, al no existir ya entre la pareja una relación de afectividad y convivencia, desaparecen por completo los presupuestos de hecho tenidos en cuenta para considerar que ante la muerte de un miembro de la misma exista en el otro ningún perjuicio digno de ser resarcido.

[53] En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 22 de octubre de 2010 Sección 2ª, entiende que cuando el fallecido en el accidente estuviese separado legalmente de su cónyuge y conviviese de forma estable con otra persona, será esta conviviente *more uxorio* la perjudicada por el fallecimiento de su compañero, y no la esposa con la cual cesó la vida en común al producirse la separación por sentencia judicial, quedando desvinculada de los avatares patrimoniales y económicos del esposo fallecido. Como excepción, si el cónyuge separado tiene derecho a pensión compensatoria le corresponderá el 50% de la indemnización, pero si, como en el caso de autos, la esposa ya no tenía derecho a pensión compensatoria en el momento del accidente por haberse agotado el periodo de duración de esta, dejó de tener la condición de perjudicada por el siniestro y la que ostenta la condición de tal es la pareja de hecho, a quien corresponde la totalidad de la cantidad a indemnizar.

recho matrimonial. Y no se trata de de poseer a una en beneficio de la otra, porque ninguna norma jurídica autoriza esa desposesión, con independencia de que el concepto perjudicado pueda predicarse de más de una persona en la misma relación afectiva, sentimental, legal. En los supuestos de concurrencia de uniones conyugales de hecho (pareja de hecho, convivencia *more uxorio*) con cónyuge no separado legalmente, la indemnización se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les habría correspondido de no haber concurrencia" (Víctima con cónyuge, Grupo I, Tabla del Anexo, nº 2)"[54].

[54] La sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería de 29 de enero de 2009 fija la indemnización a favor de la madre de la fallecida y la desestima a favor del que dice haber convivido con la víctima; entiende la sentencia, que la convivencia "more uxorio", ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y publica con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal de vida amplia, e intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar. Pues bien el recurrente no ha probado en forma alguna que concurrieran estos requisitos en su relación con la fallecida, pues lo único que aporta es un certificado del Ayuntamiento, folio 96, según el cual por gestiones de ese Organismo, sin determinar cuales fueron y por ende valorar su fiabilidad, se informaba que el actor y Mercedes habían sido pareja hasta el fallecimiento de esta. Tampoco las fotografías aportadas en que aparecen la víctima y el actor con un hijo común tenido en 1995 y que fue adoptado por terceros en 2001, así como certificación de las visitas realizadas a la cárcel por Mercedes a José Carlos en concepto de esposa, con entrevistas intimas son suficientes para acreditar tal relación pues dicha relación no da fe de la realidad de la relación de pareja existente sino que se limita a recoger el concepto que el visitante proporcione sin mayores averiguaciones o constancias. La certificación médica del Acebuche realizada a petición del interno no puede servir de base o sustento a la petición del recurrente pues sin dudar de la afectación por la muerte de Mercedes, unida a ella en época anterior y con relación de familiaridad total, no acredita el dato esencial de su relación conyugal. Si bien es cierto que existió una relación entre actor y victima realmente compleja no olvidando que pertenecen a la misma familia, no puede considerarse equiparable a al conyugal tal como sostiene el actor. Como es sabido, las uniones conyugales de "hecho" se asimilan a las situaciones de derecho, de igual forma que se equipara a la ausencia de cónyuge la separación legal y el divorcio, concluyendo que si en su día el actor pudo tener relación conyugal en la actualidad y desde hace mucho tiempo, esos lazos se habían disuelto. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla Sección 7ª de 6 de septiembre de 2004 equipara expresamente las parejas heterosexuales y homosexuales a la hora de recibir indemnización por fallecimiento del compañero en accidente de tráfico. . Las «uniones conyugales de hecho consolidadas» comprenden las parejas estables de hecho heterosexuales y homosexuales en las que exista una comunidad de vida y una relación de afectividad análoga a la matrimonial, porque así deben ser interpretadas las reglas del Grupo I de la Tabla I del SVDP, dado lo establecido en los artículos 14 CE, 5º.1 LOPJ, y 3º.1 CC.

Supuesto especial es el en que se quedan los hijos en caso de fallecimiento del padre, pues éstos son automáticamente beneficiarios de la indemnización. La Ley 30/95 concede a los hijos la indemnización por cabeza, de tal manera que cada uno de ellos tiene derecho a una indemnización básica de carácter fijo que no se altera aunque varíe el número. La Ley distingue las indemnizaciones de los hijos según éstos concurran o no con el progenitor cónyuge pareja estable supérstite. Igualmente las indemnizaciones variarán según que los hijos sean menores o mayores, y dentro de éstos que tengan o no más de 25 años. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2013 resuelve la reclamación del hijo menor por la muerte de su madre frente al Consorcio de compensación de seguros, cuando ésta viajaba en un vehículo no asegurado. Se estima el recurso de casación y se estima la demanda, y ello a pesar de que la madre conocía que el vehículo carecía de seguro, dado que quien ostenta la condición de perjudicado es el hijo.

Sin embargo, no se encuentra previsto en el sistema indemnizatorio de la Ley 30/95 la posibilidad de indemnización de otros descendientes y, así, los nietos, no figuran enumerados entre los posibles perceptores de una indemnización, ni siquiera en el caso que éstos acreditaran la convivencia o dependencia de los abuelos. Se rompe así con la doctrina jurisprudencial que no los descartaba como legitimados activamente para demandar indemnización. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de noviembre de 2007 Sección 1ª reconoce la legitimación de una nieta, si bien con matizaciones, en el supuesto enjuiciado, teniendo en cuenta, primero, el estrecho vínculo de parentesco existente (abuela y nieta); segundo, que Rosario era la única ascendiente por vía paterna que restaba a la denunciante, puesto que su padre (hijo de la fallecida) había fallecido en 1979, es decir, cuando la denunciante apenas había cumplido dos años, constituyendo la finada desde entonces el referente de la familia paterna, lo que indudablemente reforzaba el lazo afectivo; y, tercero, que ambas residían en el mismo núcleo de población, lo que facilita la comunicación, se considera que el fallecimiento de la víctima del accidente forzosamente tuvo que provocar en la denunciante un sentimiento de pesar por la pérdida, sentimiento que no excluye ni puede estimarse relegado por el padecido por sus tías (hijas de la finada) y que constituye un dolor moral que debe ser indemnizado. Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, ponderando la inexistencia de convivencia (de hecho nunca la hubo), el hecho de la mayoría de edad e independencia económica de la denunciante, y las cantidades fijadas por el

Baremo correspondiente a la fecha del accidente para los hijos de la víctima, se considera ajustado fijar en 3.000 euros el importe del montante indemnizatorio".

En el texto del borrador del grupo de trabajo de la Comisión de Expertos, en su artículo 21.5 se reconoce expresamente que los nietos tendrán la consideración de perjudicados en caso de premoriencia del progenitor que fuera hijo del abuelo fallecido y perciben una cantidad fija con independencia de su edad.

A continuación del viudo y de los hijos vienen los padres, con exclusión de cualesquiera otros ascendientes, que estarán legitimados, siempre que acrediten haber convivido con el hijo muerto. Según la Ley 30/95 la indemnización de los padres variará según que concurran o no con el cónyuge o pareja estable y con hijos. Y, además, también contempla la posibilidad de indemnizar a los abuelos, no concurriendo cónyuge (o pareja estable), hijos ni padres de la víctima.

La cuestión relativa a la cuantía de la indemnización que corresponde a los padres, en el caso de muerte de hijos que carecen de cónyuge o de descendientes, ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Sala penal del Tribunal Supremo tal como reconoce la sentencia de 5-3-2003, recogiendo el acuerdo de una Sala General celebrada el 14 de febrero de 2003, en el sentido de que "la cuantía indemnizatoria prevista en el Grupo IV de la Tabla I del Baremo, contenido en el anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Probados, en el supuesto de fallecimiento de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, en tanto que expresamente se atribuye a los padres, ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad, legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de los dos, ni reducirla a la mitad de la prevista cuando fuere uno solo el superviviente". Este mismo criterio es trasladable a la indemnización correspondiente a los abuelos por los nietos fallecidos[55].

Según el artículo 21-4 del borrador del grupo de trabajo ya mencionado, cada progenitor recibe un importe fijo en función de si el hijo fallecido tenía hasta treinta años o más. Cada abuelo tiene la consideración de perjudicado en caso de premoriencia del progenitor de su rama familiar y percibe una cantidad fija con independencia de la edad del nieto fallecido. Además el artículo 21-15 señala que el fallecimiento del único hijo el perjudicado constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico.

Con respecto a los hermanos, tanto la *praxis* jurisprudencial como la Ley 30/95 consideran a éstos como perjudicados, si bien el tratamiento resarcitorio de éstos es desigual, dependiendo de que concurran o no con cónyuge o hijos de la persona fallecida, así como el hecho que los hermanos sobrevivientes tengan más o menos de 25 años. En relación con la legitimación de los hermanos y el trato diverso que el sistema hace de los mismos es fundamental citar la Sentencia del Tribunal Constitucional 190/2005 de 7 de julio, que resuelve en sentido negativo la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la exclusión de los hermanos mayores de edad del catálogo de perjudicados/beneficiarios expresamente enumerados en el baremo y que declara: «1. La presente cuestión de inconstitucionalidad plantea la duda del órgano judicial que la promueve sobre la conformidad con la Constitución de varios preceptos de la Ley que, a partir de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, se denomina Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRC), denominación que sustituye a la anterior de Ley de uso y circulación de vehículos de motor que venía ostentando el texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona se introducen por la citada Ley 30/1995, y son en concreto el artículo 1.2 en relación con los puntos 1 y 4 del apartado primero del anexo y la tabla I de éste, en cuanto son de aplicación al caso que debe resolverse en el proceso a quo y el fallo de éste depende de lo que sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas aquí se decida. El art. 1.2 LRC establece que "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro

[55] La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2009 reconoce la totalidad de la indemnización a un progenitor único de víctima de accidente de circulación fallecida sin hijos ni hermanos. El TS considera preferible otorgar el total de la indemnización prevista en la tabla «a los padres». No en vano, el progenitor que reclama esta indemnización tiene la condición de perjudicado principal y no secundario, lo que es decisivo a la hora de aplicar el criterio que en otros casos se ha venido aplicando, por ejemplo, a los abuelos. Es decir, el hecho de que el legislador haya considerado a apli-

de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley"».

La sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 12 de febrero de 2008 afirma que "los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de esos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la rotura material y moral de aquéllos de manera voluntaria y consciente". Sobre el perjuicio moral por la muerte de un hermano puede verse también la STS de 4 de julio de 2005 afirma que tienen derecho a la indemnización "en defecto de otros familiares más cercanos, pues el vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se prueba un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización, dado que los hermanos están dentro de un orden natural de afectos". Por su parte, la STS de 27 de noviembre de 2003 dice que el art. 113 CP considera legitimados para reclamar la indemnización a "quienes hubieran sufrido efectivos daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con éste y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas (que) son integradas en el ámbito familiar". La STS de 5 de noviembre de 1990 afirmaba que "ha de atenderse en la '*pecunia doloris*', sobre todo al vacío que deja la víctima en la reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo".

Según el texto del borrador de la Comisión de Expertos, cada hermano recibe una cantidad fija en función de su edad, según tenga hasta treinta años o más. A estos efectos, el hermano de vínculo sencillo se equipara al de doble vínculo.

Por tanto, podemos afirmar que el orden de prelación de los familiares de la víctima es el siguiente: en primer lugar el cónyuge supérstite o el conviviente *more uxorio*; en segundo lugar, los descendientes de cualquier clase de filiación; en tercer lugar los padres independientemente de la filiación y por último, los hermanos, sin distinción de vínculo doble o sencillo.

Con respecto a la legitimación activa de otras personas, no podemos olvidar que también podrá ser perjudicado un tercero que no sea pariente de la víctima, cuya legitimación activa está expresamente contemplada por el art. 113 del Código Penal, pero también es cierto que en la práctica será difícil indemnizaciones a favor de terceros sin más ligamen con la víctima que la amistad y el afecto, pues no es que se les niegue la posible repercusión afectiva que la muerte de la víctima pueda provocarles, sino que la misma no tiene adecuada relevancia para ser valorada en un plano jurídico trascendente.

Gracias a la analogía se pueden resolver situaciones que se pueden plantar en relación con determinados parientes que no están contenidos en las tablas pero que sin embargo mantienen con la víctima fallecida relaciones afines de afecto; así los perjudicados hermanos menores de 25 años, pero menores de edad que concurren con padres y abuelos de la víctima; los perjudicados hijastros de la víctima en situación similar a los hijos, así, la STS 17 de septiembre de 2001 entendió que quien había ejercido de 'padre de hecho' de la menor fallecida en accidente de tráfico debía equipararse al padre biológico y considerarse incluido como perjudicado en el grupo IV de la tabla I del baremo. Los perjudicados nietos de la víctima en caso de premoriencia del progenitor viudo, de la misma línea especialmente cuando quedan en situación de desamparo; los perjudicados primos tíos y sobrinos con una relación análoga a las de parentesco contemplados en las tablas; el perjuicio de los novios o prometidos; los hermanos mayores perjudicados no incluidos en alguno de los grupos previos al grupo V[56]. La senten-

cación rigurosa del principio de asignación de la indemnización, puede ser entendible cuando los beneficiarios resulten ser perjudicados de carácter secundario, como es el caso de los padres en los Grupos I, II y III, pero no es aplicable este argumento en el supuesto analizado, puesto que aquí el padre o la madre es el único y principal beneficiario de la eventual indemnización. También en ocasiones pueden considerarse como perjudicados a los abuelos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª de 12 de abril de 2004 en un accidente de circulación en el que mueren los padres y sus dos hijas reparte entre los abuelos la indemnización por el fallecimiento de las nietas. En este caso la abuela única recibe la totalidad de la indemnización que le hubiese correspondido a ambos abuelos.

[56] Cf. **Xiol Ríos, J. A.**

cia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3ª de 22 de noviembre de 2006 consideró como perjudicada a la sobrina de la fallecida, que si bien no sufrió perjuicio económico por la muerte de su tía, sin embargo, si un daño moral que se valoró dentro del previsto asimilable a los hijos.

Sin embargo, la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional no sugiere una clara respuesta a esta problemática. Es cierto que la STC 244/2000 de 16 de octubre parecía dejar la puerta abierta a esta posibilidad al decir que, si no se había concedido una indemnización por daños morales a las sobrinas de una mujer fallecida en el ámbito de la circulación, era porque no se había probado la efectiva existencia del daño. Luego, a sensu contrario, parece que, si se hubiera demostrado la realidad del mismo, hubiera procedido la indemnización. Lo que sí se consideró probado fue la existencia de unos gastos de sepelio y funeral que debían ser indemnizados[57].

El sistema vinculante, merece a nuestro parecer alguna crítica, sobre todo con respecto a las indemnizaciones por causa de muerte. Así, la primera de ellas es el hecho de establecer una enumeración legal y cerrada de perjudicados, de modo que solo podrán ser considerados como tales aquellos que de manera expresa están recogidos en la Tabla I, y consecuentemente no tendrán derecho a indemnización otras personas que aún sufriendo daños, tanto morales como patrimoniales como consecuencia del fallecimiento del ser querido, no están, sin embargo, recogidos en la citada Tabla.

De este modo debemos partir en principio, del catálogo de personas consideradas como perjudicadas que se recoge en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, recogido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y en donde se encuentran aquellos a quienes el mencionado sistema les reconoce el derecho a ser indemnizados en los supuestos de fallecimiento como consecuencia de un accidente de tráfico. Pero sucede que en muchas ocasiones puede plantearse el supuesto de indemnizaciones que pudieran corresponder a personas que perfectamente pueden considerarse perjudicados por la muerte de otra en un accidente de circulación, y que sin embargo no aparecen contempladas como tales en el mencionado sistema[58].

O al contrario, es decir, supuestos en los que a pesar de existir aquellas personas que el sistema de valoración considera expresamente como perjudicados, éstos no deben considerarse como tales y ello por no darse en los mismos los requisitos necesarios para adquirir la condición de perjudicados. Así por ejemplo,

[57] En concreto, el Tribunal afirmó que no se vulneraban preceptos constitucionales porque "el fundamento de la decisión de no concederles indemnización por otros conceptos reside en no haber acreditado que el fallecimiento de su tía les haya ocasionado otros daños o perjuicios cuantificables económicamente. En consecuencia, no puede sostenerse que la resolución impugnada haya incurrido en la discriminación prohibida por el art. 14 CE, pues no niega la indemnización por razón de las personas que la solicitan, sino por no considerar probado el presupuesto del que podía derivar el derecho a ser indemnizadas, esto es, un daño o perjuicio económicamente evaluable". Y añade que "el fundamento de la decisión de la Audiencia de restringir la indemnización concedida en primera instancia no reside en la automática aplicación de la Ley 30/1995, ni en la exclusión de los sobrinos del elenco de perjudicados, pues, si ello hubiere sido así, podría habérseles negado la legitimación como partes en el proceso. Sin embargo, lejos de efectuarse tal exclusión, se analizó la pretensión indemnizatoria de las sobrinas, concluyéndose en la falta de acreditación de daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el fallecimiento de su tía cuantificables económicamente, al margen de los que derivaren del pago de los gastos de sepelio". Es decir, el TC sostiene que la denegación de la indemnización en este caso no responde a que los sobrinos no se contemplen como perjudicados por la LRCSVM, sino a que la realidad del daño ocasionado por la muerte de la tía no ha quedado probada. Por tanto, parece que el TC asume aquí la tesis de que la LRCSVM establece una presunción sobre quiénes son los perjudicados por el fallecimiento de una persona pero permite desvirtuarla demostrando que personas no recogidas en el baremo han sufrido un efectivo perjuicio. Pero en la medida en que se trata de una presunción es quien alega el perjuicio quien debe demostrar su existencia.

[58] La Sentencia de la AP de Sevilla de 26 de Diciembre de 1997 donde se reconoce como perjudicada a la sobrina de una víctima en accidente de circulación que sólo deja como parientes a una hermana y a dicha sobrina (quien a su vez es hija de la anterior). Nos encontramos por tanto ante un supuesto en el cual se niega el derecho a ser indemnizada, a quien en un principio puede aparecer como única perjudicada según el tenor literal de las normas que integran el sistema de valoración, y ello para conceder tal derecho a una sobrina de la víctima quien como tal no viene reconocida como perjudicada en el mencionado sistema. Todo ello basando tal pronunciamiento en la propia aplicación de las normas del sistema de valoración, las cuales entiende que "*son verdaderas normas jurídicas, y no simples reglas técnicas o aritméticas. Quiere ello decir que, para alcanzar el correcto entendimiento de los preceptos del sistema y para aplicar adecuadamente sus diversas tablas, incluso en los puntos más elementales, es menester pertrecharse del mismo arsenal hermenéutico que, para interpretar y aplicar cualquier otra norma jurídica, acudiendo a los criterios interpretativos que suministra el art. 3 CC, y , en su caso, a la integración analógica de las normas que admite su art. 4.1. De ahí que nos haya parecido importante establecer, ante todo, con el resultado que acabamos de exponer, cuales son los principios orientadores del sistema en materia de determinación de los titulares del derecho al resarcimiento*".

la inclusión del cónyuge separado de hecho en el listado de perjudicados de la Tabla I ha sido objeto de crítica en la doctrina. Se ha puesto de manifiesto que carece de sentido considerarlo perjudicado cuando la convivencia y la afectividad han desaparecido, así como los vínculos económicos[59].

De hecho, en la STC 163/2001, de 11 de julio (RTC 2001/163) se analizaba un caso en que se niega que la esposa separada de hecho durante un periodo entre 30 y 40 años haya sufrido un efectivo perjuicio por lo que se equipara así la separación de hecho a la separación legal en la que según el baremo no correspondería indemnización. También la STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8970) enjuiciaba un caso en que se moduló la indemnización por daños morales de unos padres por la pérdida de su hija en un accidente con un vehículo de motor debido a que previamente la habían abandonado y maltratado si bien el supuesto sucedió antes de la entrada en vigor de los baremos[60].

Hay quien opina que los perjudicados que aparecen en las Tablas no son una relación cerrada y se podrían tener en cuenta otros; en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 2006 entiende que el baremo es vinculante en el sistema tabular de cuantificación de daños así como en relación a los factores de individualización previstos como factores de corrección o de concreción de índices, pero no lo es, entre otros aspectos, ni en la determinación del causante del daño ni en la determinación de los perjudicados, aspecto éste último que debe de quedar para la determinación judicial pues es preciso recordar que el status de perjudicado en caso de fallecimiento no deriva de la relación de parentesco con el fallecido, sino que dimana del perjuicio material y moral que se le causa derivado del siniestro, esto es, no es *iure hereditatis*, sino *ex delicto*, por ello en cada caso el juez o tribunal deberá indagar quien o quienes han quedado desamparados y desasistidos moral y económicamente a consecuencia del fallecimientos, cuestión, estrictamente reservada a la decisión judicial a la vista del caso concreto, con independencia que identificados los perjudicados, la cuantificación de sus perjuicios se efectúe de acuerdo con las previsiones del baremo[61].

Así, por ejemplo, la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres de 13 de febrero de 1995, declara que el derecho al resarcimiento por los perjuicios causados en caso de muerte corresponde a quienes resultan perjudicados por el dolor que produce la pérdida del ser querido y por la pérdida de asistencia económica que proporcionara el fallecido, sufriendo tales perjuicios las personas ligadas con la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, convivencia real, dependencia económica y situaciones similares, sin que haya razones que impidan la apreciación de la existencia de una pluralidad de perjudicados.

Es opinión compartida, por ejemplo, la de considerar como perjudicados a los sobrinos cuidadores de la víctima mortal de un accidente de circulación que fallece soltero y sin hijos, y ello dada la existencia de una importante relación de unión y afecto existente entre ellos y el difunto, aún a pesar de que los sobrinos (como tal grado de parentesco) no aparezcan como perjudicados en el catálogo mencionado que recoge el sistema de valoración. Si el sistema legal equipara expresamente la convivencia *more uxorio* al matrimonio, no hay razón para no equiparar la convivencia *more filiale* a la relación paterno filial. En este sentido la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Navarra de 29 de diciembre de 2000 declaró que "ciertamente en el sistema de valoración de daños y perjuicios causados, que como anexo figura en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, su tabla I, no contempla en los supuestos de víctima sin cónyuge y con todos sus hijos mayores de edad, como perjudicados a los nietos (hijos de un hijo suyo premuerto), ahora bien,

[59] **Yzquierdo Tolsada, M.**: *Sistema de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.

[60] No obstante la jurisprudencia acude a la analogía para poder considerar como perjudicados a sujetos no contemplados expresamente en la Tabla, así es como se contempla en la Sentencia de la AP Cuenca de 29 de Marzo de 1999 en la cual se reconoce que *"ante las importantes omisiones de la tabla I, entiende la doctrina que esos vacíos deben resolverse utilizando la técnica de la analogía, pues el hecho de que las reglas aplicables vengan recogidas en cuadros de modo numérico, no obsta a que constituyan preceptos jurídicos de rango legal y les sean plenamente aplicables todos los principios propios de la actividad de interpretación de aplicación de las leyes, particularmente en lo relativo a la apreciación y modo de suplir las lagunas legales, como implícitamente autoriza el Legislador al incluir en las tablas notas a pie de página con determinadas equiparaciones..."*.

[61] A título de ejemplo **Xiol Ríos** cita diversos supuestos en los que existe una relación de afectividad a la que se presume por su parentesco con los legalmente establecidos; así se refiere a hijastros de la víctima. en situación similar a los hijos, nietos de la víctima, los perjudicados primos, tíos y sobrinos con una relación análoga a las de parentesco contemplados en la tablas. El perjuicio de los novios o prometidos etc. Cf. **Xiol Ríos, J. A.** *El sistema de valoración de los daños personales en accidentes de circulación. Reflexiones para una posible modificación*.

ello no impide, a juicio de este Tribunal, considerarles como perjudicados, aunque no se les contemple en el Baremo en tal cualidad"[62].

Por tanto, a veces se ha venido concediendo la indemnización por muerte a otros perjudicados no contemplados en el Baremo y en los que no existía relación conyugal de hecho ni de derecho. En todos estos supuestos los Tribunales suelen fundamentar sus resoluciones en el hecho de la convivencia y ayuda mutua entre perjudicados y fallecido, e incluso en las expectativas de consolidación de la convivencia en el caso de prometidos próximos a contraer matrimonio[63].

Como se ha afirmado, la fórmula adoptada por el sistema para la determinación de los perjudicados así como de las cuantías, es demasiado restrictiva, y el legislador debería de haberse adaptado a la estructura familiar actual[64]. En definitiva no se debería de negar el reconocimiento de perjudicados a aquellas personas que, a pesar de serlos no vengan reconocidas como tales en el sistema de valoración. Y ello dado que el criterio que debe primar a la hora de otorgarles tal condición, no debe ser el que aparezcan o no como tales en el citado catálogo de perjudicados o beneficiarios que contiene el sistema, sino que tal y como venimos señalando, pueda apreciarse en los mismos un verdadero perjuicio, atendiendo al conjunto de circunstancias que han rodeado su relación con la víctima del accidente de circulación en virtud del cual nace el derecho a la indemnización correspondiente.

Es decir a pesar de los establecido expresamente en el Baremo la jurisprudencia acepta la aplicación analógica a los denominados parientes extratabulares, a los cuales considera también perjudicados y por ello legitimados para obtener unas indemnización. En este sentido merece la pena mencionar la reciente sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 26 de marzo de 2012; la citada sentencia atribuye por vía analógica la condición de perjudicado al primo hermano de la víctima que convivía con ella en régimen de acogimiento familiar permanente. Según la sentencia, El artículo 1.2 LRCSCVM 1995 –aplicable por razones temporales– establece que "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificará en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley". Este carácter vinculante del sistema ha sido proclamado constantemente por la jurisprudencia de esta Sala respecto de la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación (salvo que sean consecuencia de delito

[62] La STC 244/00, de 16 de octubre, no resuelve directamente la cuestión, pero sí aporta la luz suficiente para extraer una respuesta al indicar que "la decisión de la Audiencia Provincial se sustenta en la idea de que, en principio, "los sobrinos de la víctima no figuran en ninguno de los cinco grupos de familiares relacionados" en el citado Anexo, por lo que "no tienen la condición de beneficiarios de indemnización alguna... por el mero hecho de serlo...", de forma que "no se establece legalmente en su favor una cuantificación económica del perjuicio sufrido por la pérdida del familiar, entendida como un dejar de existir, desapareciendo la relación parental y los lazos de cariño que, debe presumirse, conlleva". Pero también sostiene que, no cabiendo legalmente esa indemnización automática basada en la presunción legal del perjuicio por la pérdida del familiar, hubiera sido posible indemnizar a los sobrinos si se hubiera acreditado en el proceso que el fallecimiento de su tía les había ocasionado un daño o perjuicio cuantificable. Por ello, la Sentencia les concede como indemnización la correspondiente a la cuantía de los gastos de sepelio, en cuanto se acredite en ejecución de Sentencia haber satisfecho su pago, y, por ello, les niega, al mismo tiempo, la indemnización por otros conceptos al no haberse probado "que como consecuencia del fallecimiento de la víctima hayan sufrido daño o perjuicio cuantificable" ajeno al conectado con el pago de los gastos del sepelio". Y el Tribunal Constitucional continúa diciendo que "se trata, en consecuencia, de una interpretación realizada por la Audiencia Provincial de Burgos que no puede estimarse vulneradora de ninguno de los derechos fundamentales alegados. En primer término, no resulta cierto que se haya negado toda indemnización a los sobrinos por el hecho de no formar parte del elenco de los parientes considerados perjudicados con derecho a la indemnización en aplicación automática de la Ley 30/1995, pues, como acaba de señalarse, se les concede una indemnización para poder resarcirse de los perjuicios económicos ocasionados por el fallecimiento de su tía, si se acredita que pagaron los gastos del sepelio. De otra parte, el fundamento de la decisión de no concederles indemnización por otros conceptos reside en no haber acreditado que el fallecimiento de su tía les haya ocasionado otros daños o perjuicios cuantificables económicamente. En consecuencia, no puede sostenerse que la resolución impugnada haya incurrido en la discriminación prohibida por el art. 14 CE, pues no niega la indemnización por razón de las personas que la solicitan, sino por no considerar probado el presupuesto del que podía derivar el derecho a ser indemnizadas, esto es, un daño o perjuicio económicamente evaluable".

[63] Cf. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de febrero de 1999, donde se concede la indemnización a los hijastros; sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de noviembre de 1999 que concede indemnización a los nietos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de junio de 1996 considera como perjudicados a los primos, la de la Audiencia Provincial de Badajoz de 9 de septiembre de 1997 a los tíos y la de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de mayo de 1999 a los sobrinos.

[64] **Hernández Carrillo Fuente. J. M.** *Argumentos Legales en torno al sistema e valoración de daños corporales Ley 30/95, y los perjudicados por fallecimiento*. www.asociacionabogadosrcs.org.

doloso; apartado Primero, punto 1 del Anexo), exista o no seguro y con independencia de si el aseguramiento es obligatorio o voluntario[65]. Todos estos factores determinan que se tenga por existente el perjuicio moral del reclamante derivado de la muerte de su primo hermano, y que, por mor de su convivencia y vinculación afectiva more fraterno [como un hermano] con la víctima del accidente de circulación, no exista obstáculo para reconocerle, por vía de interpretación analógica, idéntica legitimación activa como perjudicado que la que se reconoce a los hermanos menores de edad que convivan con la víctima en el Grupo IV de la Tabla I respecto de víctimas fallecidas sin cónyuge ni hijos pero con ascendientes[66].

El nuevo sistema previsto por la Comisión de Expertos mencionada en páginas anteriores, propone abandonar la idea de grupos excluyentes de perjudicados y establece cinco categorías: cónyuge viudo, ascendientes, descendientes hermanos y allegados. De forma que se individualizan los perjuicios resarcibles y las cantidades ya no dependen de la existencia de un perjudicado preferente. Además parte de la idea que tienen la condición de perjudicado las personas que están incluidas en la cinco categorías anteriores, si bien tal condición se presume *iuris tantum*, en el sentido que admite prueba en contrario. La presunción se puede destruir si se demuestra que la conducta de estas personas es incompatible con la existencia de perjuicio debido a una desafección familiar manifiesta; y por el contrario se puede considerar como perjudicado a quien tanto si es perjudicado tabular como si no lo es, ejerce las funciones correspondientes a una determinada categoría de perjudicado. Además la regulación que proponen elimina la convivencia como elemento determinante de la cuantía de la indemnización[67].

Según el artículo 11-8 tienen la condición de sujetos perjudicados, en caso de fallecimiento

[65] Declara la sentencia que constituye doctrina de esta Sala (entre otras, STS de 31 de julio de 2009, RC n.º 247/2007) que entre las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, el CC contempla la asunción por la Administración de la tutela del menor (artículo 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (artículo 173.3 II y 173 bis.1.º CC) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (artículo 173 bis.2.º y. 3.º CC). De conformidad con el artículo 173.1º CC, el acogimiento familiar «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Por su parte, el artículo 172.4 CC establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados, que «se buscará siempre el interés del menor», sintagma de carácter absoluto que refleja la superior jerarquía que el ordenamiento, tanto constitucional como internacional, atribuye al principio favor minoris o interés del menor, como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (artículo 39 CE, Convenios Internacionales Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En consecuencia, ha de estarse a ese fin protector, que se predica de todo menor por igual y sin distinción, como factor a considerar para apreciar la identidad de razón que permita equiparar la situación del hijo menor de edad con la del menor acogido en orden a reconocerle una indemnización por el fallecimiento de un familiar. los vínculos afectivos, lejos de poderse poner en cuestión, resultan aun más acusados cuando de menores de edad se trata, por la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes paternos y familiares, y esos vínculos, en particular con los hermanos, resultan más estrechos cuando se trata de alguien que ha perdido a sus padres biológicos. No existen razones objetivas para considerar que tales vínculos, que la ley presume respecto de la víctima para los hermanos menores de edad, no se traben con la misma intensidad por quien vive en régimen de acogimiento en análoga relación de afectividad, lo que permite asimismo presumir su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida del ser querido.

[66] En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1ª de 15 de noviembre de 2007 declaró expresamente que "nos encontramos, por tanto, ante tipos abiertos que deberán ser integrados por los órganos jurisdiccionales ante las específicas características de cada caso en concreto. El efecto irradiante de la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo beneficia no solo al núcleo familiar, entendido en un sentido amplio, sino también a los terceros que no tengan vinculación parental de carácter formal con el perjudicado o la víctima del delito, pero sí relaciones afectivas de hecho. La indemnización comprende no solo los perjuicios materiales que pueden ser objeto de una prueba específica, sino también los daños morales que difícilmente pueden ser fijados mediante pruebas concretas. Abundando en este último punto, la jurisprudencia tiene declarado que la simple relación parental o familiar, no es suficiente para hacer surgir un derecho indemnizatorio, ya que, a su mera existencia hay que añadir la condición de perjudicado moral o materialmente por el hecho delictivo; mas también la propia jurisprudencia reconoce que los daños morales determinados por la aflicción y dolor sufrido por la pérdida de una persona con la que se tenía una situación de afecto no necesitan de especiales acreditaciones más allá de la expresión de la existencia de la relación de parentesco, que, en condiciones normales, evidencia por sí misma esa aflicción o "doloroso vacío" determinante de la indemnización. Ahora bien, para fijar las cantidades correspondientes se debe seguir un orden lógico de afinidad, de modo que los más inmediatos sean quienes las reciban con exclusión de los demás, pues de seguirse un criterio distinto, tendría que distribuirse el montante total de la indemnización entre todos aquellos que de alguna manera hubiesen sido afectados moral y materialmente, cualquiera que fuese el grado de su dolor, con quiebra del principio general que rige en materia de indemnizaciones de perjuicios morales y materiales que prima, como es natural, a quien haya sufrido de forma más directa y palmaria el detrimento producido por la separación de la persona que constituyera su centro económico o afectivo".

[67] Cf. **Martin Casal. M.** Para una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("Baremo"). Líneas Generales de los trabajos de la "Comisión de expertos". Indret 4/2012.

de la víctima, las personas mencionadas en el artículo 21-2, y en los otros supuestos la víctima del accidente. A los efectos de esta ley se considera que sufre el mismo perjuicio resarcible que el cónyuge viudo el miembro supérstite de una pareja de hecho estable constituida mediante inscripción en un registro o documento público o que haya convivido un mínimo de un año inmediatamente anterior al fallecimiento o un periodo inferior si tiene un hijo en común. Excepcionalmente los familiares de víctimas fallecidas mencionados en el artículo 21-2 así como los de grandes lesionados, tienen derecho a ser resarcidos por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente.

Según el artículo 21-2 existen las siguientes categorías de perjudicados: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados; tiene la condición de perjudicado quien está incluido en alguna de dichas categorías, salvo que concurran circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir. Igualmente tiene la condición de perjudicado quien, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición.

Así vemos como una novedad supone el hecho de introducir como perjudicados a los denominados allegados, que se deben de configurar de una manera muy restrictiva como aquellas personas que sin tener la condición de perjudicados legales, hubieran convivido con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad. Cada allegado percibe una cantidad fija cualquiera que sea su edad (artículo 21-7).

## V. Bibliografía básica recomendada

**Alarcón Fidalgo, J.**: *'La valoración de los daños a la persona en la práctica judicial'*. Revista Española de Seguros, 1989.

**Albiez Dhorman, J.**: *'El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo'*. Revista Derecho Privado, 1998.

**Álvarez Vigaray, R.**: *'La responsabilidad por daño moral'*. Anuario Derecho Civil, 1966.

**Climent Ripoll, A. J.**: *'El daño corporal. Criterios indemnizatorios. Especial referencia a los accidentes de circulación'*. Iures Gesa, Boletín de Información Jurídica, 1996.

**De Ángel Yágüez, R.**: *'Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños derivados de la circulación'*. Documentación Jurídica, 1995.

**De Castro y Bravo, F.**: *'La indemnización por causa de muerte'*. Anuario Derecho Civil, 1956.

**De Lama Aymá, A.**: *'La muerte de un familiar en accidente de tráfico: cuestiones controvertidas con ocasión de la STS de 1 de abril de 2009'*. Indret 2/2010.

**Domínguez Martínez. P.**: *'El derecho a reclamar la indemnización por incapacidad temporal y lesión permanente es transmisible a los herederos y es compatible con la indemnización por daños a los familiares por fallecimiento cuando fue consecuencia directa del accidente de tráfico que provocó las lesiones'*. Centro de Estudios de Consumo notas jurisprudenciales.

**Fernández Entralgo, I.**: *Valoración y resarcimiento del daño corporal*. Madrid 1997. Editorial Marcial Pons.

**García Blázquez Pérez, M.–García Blázquez Perez, C.**: *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. Editorial Comares, Granada 2006.

**García López, R.**: *Responsabilidad civil por daño moral, doctrina y jurisprudencia*. Barcelona 1990. Editorial Bosch.

**Gázquez Serrano, L.**: *La indemnización por causa de muerte*. Madrid 2000. Editorial Dykinson.

**Hernández Carrillo Fuente, J. M.**: *'Argumentos Legales en torno al sistema e valoración de daños corporales Ley 30/95, y los perjudicados por fallecimiento'*. www.asociacionabogadosrcs.org.

**Jiménez García, J.**: *'Los baremos vinculantes'*. Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. 1995.

**López y García de la Serrana, J.**: *'La regulación de los daños en accidentes de circulación es España'*. XVIII Congreso de la Asociación Hispano Alemana de Juristas. Bamberg junio 2012

**López Jacoiste, J.**: *'Reflexión sobre la indemnización por causa de muerte'*. Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Volumen II.

**Magro Servet. V.**: *'¿Es transmisible a los herederos un derecho indemnizatorio derivado de un accidente de tráfico cuando éste no fue ejercitado todavía en vida siendo la muerte ajena al siniestro?'* Tráfico y Seguridad Vial. Nº 139, Sección Doctrina Julio-Agosto 2010.

**Martin Casals, M.**: *¿Hacia un baremos europeo para la indemnización de los daños corporales?* Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas.

**Martin Casals, M.**: *'Una primera aproximación a los "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil"'*. www.indret.com.

**Martin Casals. M.**: *'Para una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ('Baremo')'*. Líneas Generales de los trabajos de la 'Comisión de expertos'. Indret 4/2012.

**Martin Casals, M.**: *'Conceptos perjudiciales (heads of dommages) en la indemnización por muerte y lesiones personales en europa'*. Indret 2013.

**Medina Crespo, M.**: *La valoración de los daños personales causados en accidentes de circulación. El sistema de la Ley 30/95 como instrumento para la efectividad de la reparación íntegra*. La Ley, 1997.

**Medina Crespo, M.**: *La valoración legal del daño corporal*. Madrid 1997. Editorial Dykinson.

**Nueda García, A.**: *La valoración del daño corporal*. La Ley 1992.

**Pantaleón Prieto, F.**: *La indemnización por causa de lesiones o muerte*. Anuario Derecho Civil, 1989.

**Pantaleón Prieto, F.**: *Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas*. Documentación Jurídica, 1995.

**Pantaleón Prieto, F.**: *'Indemnizaciones tasadas, subvenciones indirectas: la valoración de los daños personales en el proyecto de ley de supervisión de los seguros privados'*. Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro, 1995.

**Ribelles Arellano, J.**: *'Sistema de indemnización tasada vinculante para los órganos judiciales'*. Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro, 1996.

**Ruiz Vadillo, E.**: *'La ley 30/1995, de 8 de diciembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: los baremos'*. Revista Española de Seguros, 1996.

**Santos Briz, J.**: *Valoración de los daños personales y el baremo de la nueva Ley de seguros*. La Ley, 1995.

**Soto Nieto, F.**: *'Fundabilidad del sistema de baremos en la valoración de los daños personales. Garantías de acierto y arraigo'*. Revista Española de Seguros, 1996.

**Suárez Robledano, J. M.**: *Indemnización por daño corporal*. Actualidad Civil, 1995.

**Tasende Calvo, J.**: *'Sistema legal de valoración de los daños personales. Aspectos constitucionales. Baremo y seguro obligatorio'*. Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro, 1997.

**Vattier Fuenzalida, C.**: *Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona*. Centenario del Código Civil, Tomo II. 1989.

**Vicente Domingo, E.**: *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona 1994. Editorial Bosch.

**Vicente Domingo, E.**: *'Comentario crítico al baremo de daños corporales de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado'*. Revista Española de Seguros, 1996.

**Xiol Ríos, J. A.**: *'Breve impresión sobre el sistema de valoración del daño introducido por la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado'*. Revista Española de Seguros, 1996.

**Xiol Ríos, J. A.**: *'El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte'*. Revista de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro.

**Yzquierdo Tolsada, M.**: *Sistema de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001.

**UNIDAD I: DAÑO**

5) **REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN EL SIGLO XXI. Billy Escobar Perez y otros.**

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA
POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO

BILLY ESCOBAR PÉREZ
MÓNICA LUCÍA FERNÁNDEZ MUÑOZ
Directores

# Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI

Cristina Amato. Samuel Yong Hernández. María Edna Castro Nieto. Esperanza Valencia López. Gustavo Barbour Díaz. Diana Rodríguez Ramos. Billy Escobar Pérez. Mónica Lucía Fernández Muñoz. Mauro Paladini. Fernanda Ivo Pires. Mauricio Tapia. Juan Carlos Villalba Cuéllar. Daniel Ricardo Sarmiento Cristancho. Jaime Alberto Sandoval Mesa. Carolina Blanco Alvarado.

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA
POLITÉCNICO
**GRANCOLOMBIANO**

© *Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano*

Reflexiones sobre la responsabilidad en el Siglo XXI

Directores
Billy Escobar Pérez, Mónica Lucía Fernández Muñoz
Autores
Cristina Amato. Samuel Yong Hernández. María Edna Castro Nieto. Esperanza Valencia López. Gustavo Barbour Díaz. Diana Rodríguez Ramos. Billy Escobar Pérez. Mónica Lucía Fernández Muñoz. Mauro Paladini. Fernanda Ivo Pires. Mauricio Tapia. Juan Carlos Villalba Cuéllar. Daniel Ricardo Sarmiento Cristancho. Jaime Alberto Sandoval Mesa. Carolina Blanco Alvarado.

ISBN: 978-958-8721-37-8
EISBN: 978-958-8721-38-5

Editorial Politécnico Grancolombiano
Calle 57 No. 3 – 00 Este Bloque A Primer piso
PBX: 7455555 ext. 1170
http://www.poligran.edu.co/editorial

Septiembre de 2014
Bogotá, Colombia

Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano

Fernando Dávila Ladrón de Guevara
Presidente

Jurgen Chiari Escovar
Rector

Facultad de Ciencias Sociales

Billy Escobar Pérez
Decano

Eduardo Norman Acevedo
Director editorial

David Ricciulli Duarte
Coordinador editorial

Maria del Pilar Osorio Vélez
Corrección de estilo

Santiago Arciniegas
Diagramación

La imprenta editores
Impresión y encuadernación

Impreso y hecho en Colombia
Printed in Colombia

La Editorial del Politécnico Grancolombiano pertenece a la Asociación de Editoriales Universitarias de Colombia, ASEUC.

Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI por Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. El contenido de esta publicación se puede citar, copiar y redistribuir en cualquier medio o formato o reproducir con propósitos académicos siempre y cuando se dé cuenta de la fuente o procedencia. Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores.

La Editorial Politécnico Grancolombiano provee acceso libre inmediato este material bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público, lo cual fomenta un mayor intercambio de conocimiento global.

Para citar este libro:
Amato, C.; Yong, S.; Castro, M.; Valencia, E.; Barbour, D. [y otros]. (2014). Reflexiones sobre la responsabilidad en el Siglo XXI. Bogotá: Editorial Politécnico Grancolombiano

Amato, Cristina

Reflexiones sobre la responsabilidad en el Siglo XXI / Autores, Cristina Amato… [et al.]; directores, Billy Escobar Pérez y Mónica Lucía Fernández; editor Eduardo Norman Acevedo. -- Bogotá D.C.: Editorial Politécnico Grancolombiano, 2014.

459 p.; 17x24 cm.
Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-8721-37-8
EISBN: 978-958-8721-38-5

RESPONSABILIDAD PENAL -- COLOMBIA. -- 2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO -- COLOMBIA. -- 3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL -- DAÑOS Y PERJUICIOS -- COLOMBIA. -- 4. RESPONSABILIDAD CIVIL -- COLOMBIA. I. Tit. II. Amato, Cristina. III. Hernández, Samuel Yong. IV. Castro Nieto, María Edna. V. Valencia López, Esperanza. VI. Barbour Díaz, Gustavo. VII. Rodríguez Ramos, Diana. VIII. Escobar Pérez, Billy. IX. Fernández Muñoz, Mónica Lucía. X. Paladini, Mauro. XI. Ivo Pires, Fernanda. XII. Tapia, Mauricio. XIII. Villalba Cuellar, Juan Carlos. XIV. Sarmiento Cristancho, Daniel Ricardo. XV. Sandoval Mesa, Jaime Alberto. XVI. Blanco Alvarado, Carolina. XVII. Norman Acevedo, Eduardo, ed.

346.022 21 ed.

Sistema Nacional de Bibliotecas - SISNAB
Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano.

Capítulo VII

# EL RESARCIMIENTO POR DAÑOS INTRAFAMILIARES

*Sumario: 1. Introducción. 2. Pasados esbozos de convergencia entre familia y responsabilidad. 3. El avance jurisprudencial de 2005 y los aspectos problemáticos de carácter procedimental relacionados. 4. Separación de mutuo acuerdo y derecho a indemnización. 5. El ejercicio abusivo del llamado derecho "potestativo" a la separación. 6. El delito en la relación entre padres e hijos: la negativa a asumir el papel de padre. 7. Consideraciones críticas sobre las orientaciones jurisprudenciales. 8. Los delitos relacionados con el ejercicio de la patria potestad. 9. Los delitos ajenos a la función parental - 10. Exclusión de la acción de regreso por parte del hijo. 11. El derecho del hijo a indemnización por incumplimiento de las obligaciones conyugales. 12. El derecho de los padres a indemnización por responsabilidad civil de su hijo. 13. Conclusiones.*

*Por: Mauro Paladini*[1]

1 Ph.D. en Derecho Civil por la Scuola Superiore Sant' Anna de Pisa (Italia). Profesor Ordinario de la Universidad de Brescia (Italia), tratadista y abogado consultor.

# 1. Introducción

El presupuesto formulado por una influyente doctrina (Patti, 1981) en las páginas de la *Revista de Derecho Civil*, según el cual sería "cada vez más frecuente recurrir a los tribunales para una indemnización por daños y perjuicios por parte del miembro de familia que ha sufrido el ilícito" ha encontrado estricta confirmación en las décadas subsiguientes, tanto en el ámbito de las relaciones entre cónyuges como en lo referente a la relación entre padres e hijos.

Ciertamente superado un presunto principio general de "inmunidad" – que, en efecto, a diferencia de lo sucedido en los Estados Unidos de América desde finales del siglo XIX, nunca ha sido codificado ni manifestado en los ordenamientos jurídicos europeos– las relaciones familiares también se confrontan hoy con la expansión, a veces exuberante, de la responsabilidad civil e imponen al intérprete la delicada tarea de delinear los límites a la reparación compensatoria propia de las peculiaridades de una relación interpersonal caracterizada no solo por los derechos y deberes para con los demás, sino sobre todo, por el fundamento natural del vínculo afectivo y/o biológico.

La jurisprudencia italiana manifiesta una creciente conciencia en la necesidad de convertir las conductas consumadas en violatorias de las obligaciones conyugales y paternales objeto de evaluaciones jurídicas ejecutadas a nivel de "injusticia" de los daños y de la necesidad de garantizar una adecuada reparación de los perjuicios a la personalidad de los miembros de la familia. Con referencia específica a las relaciones entre los cónyuges, la tasación de los efectos de la culpabilidad en la separación significa, en la práctica, que el cónyuge económicamente más débil (no obligado, por tanto, a la manutención de la otra), aun en presencia de violaciones graves de las obligaciones conyugales, prefiera a la solicitud de culpabilidad, la reclamación de indemnización por daños extrapatrimoniales en virtud del art. 2059 del Código Civil.

## 2. Pasados esbozos de convergencia entre familia y responsabilidad

Tímidos esbozos de convergencia entre familia y responsabilidad se pueden encontrar ya en el contexto de la Reforma de 1975 al Derecho de familia, que –además de la importante (y siempre actual) figura de la responsabilidad por incumplimiento de promesa de matrimonio, ya prevista en el texto anterior del Código– introdujo el art. 129 bis del Código Civil, que, en el caso de nulidad del matrimonio, reconoce el derecho del cónyuge de buena fe a una indemnización congrua *a cargo del otro cónyuge o del tercero, al cual le sea atribuible la nulidad del matrimonio*. En la dirección de la convergencia de las instituciones se mueve, de hecho, la interpretación de la norma adoptada por la Suprema Corte[2], según la cual, a efectos de la responsabilidad en virtud del art. 129 bis del Código Civil, del cónyuge de mala fe al cual le sea atribuible la nulidad del matrimonio, no es suficiente la referencia objetiva de la causa de invalidez y tampoco es suficiente su conocimiento, cierto o probable, siendo necesario además un comportamiento posterior, por comisión u omisión, de la persona responsable, en contra del deber general de probidad, que haya contribuido a la celebración del matrimonio nulo.

En la hipótesis de incumplimiento de la así llamada promesa "solemne" de matrimonio, mientras que la devolución de los regalos es la consecuencia directa del mero hecho de la no celebración del matrimonio, la obligación de indemnizar daños y perjuicios solo podrá imputarse al promitente que se niega a cumplir la promesa realizada *sin justa causa o que, con su culpa, proporciona justa causa a la negativa del otro*. Con respecto al problema de si la obligación de indemnización regulada por el art. 81 constituye un caso de *responsabilidad contractual o extracontractual*, ha prevalecido la opinión que la norma –lejos de contener una asunción de responsabilidad en el sentido técnico– es una "expresión particular del principio, válido en términos de contratos, de acuerdo a la cual quien causó la inoperancia del negocio debe reembolsar a la otra los costos innecesariamente pagados". El objeto de la obligación, por lo tanto, consiste en una asignación de acuerdo a los parámetros predeterminados por la ley y se circunscribe a los gastos realizados

2 Casación 13 de enero 1993, Nº 348.

y las obligaciones contraídas por el promitente, con exclusión de los daños inmateriales.[3]

Sin embargo, superando una postura restrictiva precedente de la jurisprudencia de mérito[4] - la Corte Suprema[5] reconoció el derecho a una indemnización en favor de la mujer seducida con promesa de matrimonio, afirmando que *el seductor tiene la obligación de indemnizar los daños porque realiza una actividad dolosa... dirigida a hacer creer en la seriedad de la promesa de matrimonio o superar la timidez o modestia de la mujer y a determinar la voluntad; y, además, de forma tal que establezca una relación de causalidad entre la promesa y la llamada traditio corporis, por parte de la mujer*.

Todavía a principios de los años 90, por otra parte, la jurisprudencia confirma que, en el ámbito de la relación interna de los cónyuges en el momento de una separación de cuerpos, *la pretensión de resarcimiento en virtud del art. 2043 del C.C. no se puede invocar por falta de un daño injusto, que presupone la lesión de una posición subjetiva activa tutelada como derecho perfecto, mientras que la carga de la separación a un cónyuge implica solo los efectos previstos por la ley, pero no concreta la violación de un derecho del otro cónyuge*[6].

---

3 Casación 02 de enero 2012 Nº 9. También recientemente, el Tribunal de Bari, 28 de septiembre de 2006 (Corriere Merito, 2007, 3, p. 295), ha descartado una indemnización por daño extrapatrimonial, afirmando que *"la obligación indemnizatoria del art. 81 del Código Civil es una obligación de derecho que escapa de los patrones del art. 2043 ibídem y está regulada únicamente por el art. 81, que solo menciona los gastos incurridos y las obligaciones contractuales"* (en el mismo sentido restrictivo, Tribunal Monza 06 de junio 2006, Tribunal Reggio Calabria del 12 de agosto de 2003, *Der. de Familia*, 2004, p. 484).

4 Trib. de Treviso 29 de enero de 1982, *Der. de Familia*, 1982, 1313: carece de fundamento la pretensión de indemnización formulada, en términos de la violación de su derecho a la integridad moral y la libertad, por la mujer contra quien la hubiera seducido con la promesa de futuro matrimonio, porque el hecho no constituye delito, dada la edad madura de la mujer, ya que no es posible en este caso reconocer ninguna violación del precepto general de *"neminem laedere*", dado que no existen normas jurídicas que sancionen, en las relaciones pertenecientes a la esfera sexual, el respeto de los deberes comunes de fidelidad, buena fe, equidad y diligencia.

Tribunal de Verona, 29 de enero 1982, Jurisprudencia it., 1983 I, 2, 118: *La seducción con promesa de matrimonio no constituye responsabilidad civil, de acuerdo con los principios de la responsabilidad extracontractual, y solo da lugar a las consecuencias jurídicas previstas en los arts. 80 y 81 del Código Civil.*

5 Casación, Secc. III, 08 de julio de 1993 Nº 7493*, Foro it.,* 1994, I, 1878, según la cual *"la evaluación del requisito de una relación causal entre la promesa y* la traditio corporis *involucra una apreciación de hecho, para cuyos fines el juez, dada la dificultad de la prueba, puede valerse de evidencia circunstancial y pruebas de presunción, aunque es necesario, sin embargo, que la indagación preliminar se base en elementos particularmente graves y concordantes, a ser evaluados también en relación con las condiciones ambientales y culturales de los sujetos (cf. enviado. Casación Nº 510 de 1976)".*

6 Casación, Secc. I, 22 de marzo de 1993 Nº 3367.

*La separación de cuerpos* –se afirma[7]– *constituye un derecho que se puede enmarcar entre aquellos que garantizan la libertad de la persona (es decir, un bien de suma importancia constitucional) y teniendo en cuenta que el legislador especificó analíticamente las consecuencias en la disciplina del derecho de familia (es decir, en sede propia), debe excluirse, –precisamente en consideración al principio según el cual "*inclusio unius, esclusio alterius*"– que a tales consecuencias se puedan añadir aquellas propias de la responsabilidad aquiliana en virtud del art. 2043 del Código Civil.*

Una primera apertura se encuentra en la Sentencia del 26 de mayo de 1995 Nº 5866, en la cual se afirma que *la carga de la separación, considerada en sí misma, no es fuente de responsabilidad extracontractual en virtud del art. 2043 CC., pero... la reparación de los daños adicionales solo se puede configurar si los hechos que dieron lugar a la carga integran los extremos del ilícito alegado por la cláusula general de responsabilidad expresado por la citada ley.*

## 3. El avance jurisprudencial del año 2005 y los aspectos relacionados con la problemática de carácter procedimental

El verdadero avance se produjo –como se sabe– con la Casación, Secc. I, del 10 de mayo de 2005, Nº 9801, que reconoció la obligación de la reparación de daños y perjuicios a cargo del cónyuge que, antes de la boda, no hubiera informado a la mujer de su impotencia en general y, después de la boda, que se hubiera negado a someterse a los remedios necesarios. Recordando la orientación en cuanto a daño inmaterial suscitado por la Casación Nº 8827-8828 de 2003, el pronunciamiento establece que el respeto por la dignidad y la personalidad de cada miembro de la familia asume la connotación de un

7 Casación, Secc. I, 06 de abril 1993 Nº 4108.

derecho inalienable, cuya lesión por parte de otro componente constituye presupuesto de responsabilidad civil.

La circunstancia que el comportamiento del cónyuge constituya causal de separación o de divorcio no excluye que pueda integrar los extremos de un ilícito civil, siempre que la conducta del cónyuge, por su gravedad intrínseca, constituya una agresión a los derechos fundamentales de la persona.

La jurisprudencia de mérito posterior se ciñó de inmediato a esta apertura, al punto de volver *ius receptum* que la conducta de un cónyuge, dentro de la relación conyugal, puede configurar un acto lesivo a la dignidad y la libertad del otro, al punto de ser calificado al mismo nivel de hecho ilícito fuente de responsabilidad extracontractual.

No han faltado, sin embargo, aspectos problemáticos que han colmado los numerosos debates doctrinales y reflexiones de los operadores en lo que respecta a los límites, las condiciones y la forma de hacer valer la responsabilidad por incumplimiento de los deberes entre cónyuges.

Un primer problema es de carácter estrictamente procesal, pero lleno de importantes implicaciones prácticas y en capacidad de condicionar el ámbito de pertinencia de los requisitos de fondo: se trata del problema de la admisibilidad de la demanda de reparación de daños en el ámbito de los juicios de separación y divorcio.

Como es bien sabido, la jurisprudencia de legitimidad supone la naturaleza especial del rito de separación y divorcio y, por tanto, afirma la inadmisi-

bilidad de demandas diferentes en el ámbito de tales procedimientos[8]. En sentido contrario, sin embargo, se ha observado que los procedimientos de separación y divorcio, aunque sean introducidos mediante recurso y se caractericen por una primera fase de instrucción sumarial ante el Presidente de la Corte, se desarrollan en la fase subsiguiente con instrucción plena de acuerdo a la forma procedimental del rito ordinario, al que se refieren las disposiciones pertinentes y a las cuales son, por lo tanto, aplicables las correspondientes confiscaciones y embargos.

En esta nueva fase, las excepciones de los artículos 163 y ss. del Código de Procedimiento Civil, son más bien marginales y poco significativas, teniendo en cuenta, además, que:

1. La sentencia no definitiva sobre el *status* no se considera una excepción, sino una aplicación del artículo 277, parágrafo 2º del Código de Procedimiento Civil;[9]

---

8 Véase, en particular, Casación 25 de marzo 2003, Nº 4367 *"Los casos di acumulación subjetiva* (art. 33 CPP) *y objetiva* (artículo 104 ibídem) *de demandas –expresiones de la denominada conexión por coordinación, en la cual el tratamiento conjunto depende únicamente de la voluntad de las partes, y la separación de causas siempre es posible, con el único riesgo de una contradicción entre cosas juzgadas– -no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 40, parágrafo tercero del Código de Procedimiento Civil, introducido por la Ley 353/1990, en el que no se permite que el cambio de procedimiento, impuesto por dicha disposición, sea resultado de una mera elección del demandante en relación con causas no conexas o no conectadas por relaciones de evidente subordinación, siendo vulnerado, en caso contrario, el principio del juez natural establecido por la ley, de conformidad con el art. 25 de la Constitución (quedó así excluida la posibilidad del "*simultaneus processus*", en el ámbito de la acción de divorcio sujeta al procedimiento de la sala de Consejo, en lo que respecta a las demandas relativas a la propiedad de bienes inmuebles o el incremento del valor de los mismos, por haberse considerado inaplicable la regla a la que se refiere el art. 40 del Código de Procedimiento Civil)";* Casación 19 de enero de 2005, Nº 1084 *"El tratamiento conjunto de causas sujetas a procedimientos diferentes puede ser implementada, de acuerdo a las reglas del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley Nº 353 de 1990, siempre que dichas causas sean conexas en el sentido de los artículo. 31, 32, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, no pueden acumularse en un solo proceso la demanda de separación legal de los cónyuges, sujeta al procedimiento fiscal, y la de valoración de la propiedad de la vivienda conyugal, sujeta al procedimiento ordinario, por tratarse de demandas no ligadas por vínculos de conexión, sino autónomas y distintas una de la otra"; Casación 06 de diciembre de 2006, Nº 26158 "El tratamiento conjunto de causas sujetas a procedimientos diferentes puede ser implementada, de acuerdo a las reglas del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley Nº 353 de 1990, siempre que dichas causas sean conexas en el sentido de los artículos 31, 32, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, no pueden acumularse en un solo proceso la demanda de divorcio, sujeta al procedimiento fiscal, y la de división de los bienes comunes, sujeta al procedimiento ordinario, por tratarse de demandas no relacionadas por vínculos de conexión, sino autónomas e independientes una de la otra".* En este sentido, para jurisprudencia de mérito, ver, entre otros, Tribunal de Bari, Secc. I, 19 de abril de 2006; Tribunal de Monza, Secc. IV, 12 de diciembre 2005; Tribunal de Módena, Secc. II, 1º de diciembre de 2005.

9 Casación 20 de febrero 1996, Nº 1314, *"la sentencia no definitiva sobre el status, aun sin petición de parte, en caso que el proceso deba continuar para la determinación de asignaciones, configura, no una excepción, sino una hipótesis de aplicación del principio general establecido en el artículo 277, parágrafo segundo del Código de Procedimiento Civil, con el único elemento distintivo de la sustitución a petición de parte y la necesaria confirmación de la subsistencia de un interés apreciable concreto de ésta en las peticiones de la demanda, de una valoración general y en abstracto del cumplimiento de la resolución no definitiva a un interés semejante".*

2. Los poderes oficiosos del juez constituyen la proyección procesal de la tutela sustantiva de los menores, y se otorgan al órgano judicial independientemente del procedimiento, según lo confirma el parágrafo 2º del artículo 4 de la Ley 8ª de febrero de 2006, No. 54;
3. Los eventuales subprocedimientos del artículo 709 del Código de Procedimiento Civil, cual paréntesis que implican la aplicación de las medidas relativas a la patria potestad y la custodia de los hijos menores, son asimilables a los subprocedimientos que caracterizan a otros juicios de procedimiento ordinario (piénsese, por ejemplo, los procedimientos relativos a la aplicación de las medidas cautelares dictadas en el curso de la sentencia de mérito);
4. El juez de instrucción, no obstante la inaplicabilidad del artículo 183, parágrafo 3º del Código de Procedimiento Civil, siempre puede disponer la comparecencia de las partes de conformidad con el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil.

Ni siquiera el procedimiento fiscal en el juicio de apelación constituye una desviación significativa respecto del modelo procedimental del llamado procedimiento ordinario, puesto que fue previsto con la finalidad de facilitar y acelerar el proceso.

Por lo tanto, la calificación del procedimiento en los procesos de separación y divorcio, en términos del procedimiento ordinario, haría posible la proposición contextual de todas las demandas conexas, sujetas a procedimiento ordinario y, en lo que aquí interesa, de la demanda de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones familiares.

La demanda de reparación de daños y perjuicios, sin embargo, introduce elementos históricos de valoración que no solo no pueden considerarse ajenos a los hechos constitutivos de la separación o el divorcio, sino que presentan perfiles de coincidencia que llevarían a considerar que el tratamiento conjunto de la demanda de divorcio contencioso y la indemnización por daños y perjuicios respondan también a exigencias de economía procesal.

No subsiste, en cambio, una conexión técnica entre la demanda de reparación de daños y perjuicios y la demanda de divorcio contencioso: aun presentando tanto el caso de culpabilidad como el de delito intrafamiliar una identidad parcial de hechos históricos, o el elemento común del incumplimiento de los deberes conyugales, la aceptación de la demanda de indemnización de daños y perjuicios parece depender de la aceptación de la demanda de divorcio contencioso.

El incumplimiento de los deberes conyugales adquiere un significado diferente en los dos casos:

- en el de divorcio contencioso surge como resultado de la intolerabilidad en la cohabitación continua;
- en el de delito como causa de daño injusto.

Es, por tanto, posible que la demanda de divorcio contencioso sea rechazada en el caso en el cual se haya excluido, o en todo caso no se haya demostrado el nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes conyugales de uno de los cónyuges y una crisis familiar, y por el contrario, la demanda de indemnización de daños y perjuicios se haya admitido, en caso de que se demuestre que el incumplimiento de los deberes conyugales cometido por uno de los cónyuges, aunque no fuere la causa de la crisis familiar, causó un daño injustificado al otro cónyuge.

Esto nos permite afirmar que la demanda de indemnización por daños y perjuicios puede proponerse en el proceso de separación o divorcio, aun en ausencia de la proposición contextual de la demanda de divorcio contencioso.

Otro problema que se plantea es la del momento en que debe proponerse la demanda de indemnización de daños y perjuicios en la sentencia de separación o divorcio.

A propósito de la demanda de divorcio contencioso, la Corte Suprema (Tribunal de Casación, Secc. I, 07 de diciembre de 2007 No. 25618, Casación 2818 del 2006) afirma que en el proceso de separación de cuerpos de los cónyuges la demanda de divorcio contencioso:

- si la propone el demandante, debe insertarse en el libelo de demanda del proceso, excediendo los simples "*emendatio libeli*" permitidos durante el procedimiento;
- si la toma la parte demandada, está sujeto a los tiempos y formas de la demanda de reconvención;
- no se puede configurar la "*reconventio reconventionis*".

No parece que las mismas afirmaciones puedan formularse también con respecto a la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios.

# 4. Separación de mutuo acuerdo y derecho a indemnización

La intervención de la Corte Suprema en septiembre de 2011[10] reitera que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio no se sanciona únicamente con las medidas típicas como la culpabilidad de la separación, si no que, si la lesión causa una lesión de los derechos protegidos por la Constitución, integra los extremos de la infracción civil y da lugar a una indemnización por daño moral de acuerdo con el artículo 2059 del Código Civil.

La sentencia se destaca por haber declarado que la falta del pronunciamiento de culpabilidad en caso de separación no causa la preclusión de la acción de indemnización por daños y perjuicios, no solo cuando, en el ámbito de la separación judicial, la culpabilidad de la separación no haya sido solicitada, sino también en el caso de que se hubiera elegido el procedimiento de separación consensual. Se puede afirmar, en otras palabras, que la adhesión voluntaria a la separación de cuerpos no implica renuncia a la verificación de las causas de la crisis del matrimonio, judicialmente verificables solo en el juicio de separación con la específica demanda de divorcio contencioso. Por lo tanto, incluso después de la separación consensual, el cónyuge puede hacer valer los perjuicios personales consecuentes al incumplimiento de las obligaciones conyugales.

Del mismo modo, si en el juicio de separación no se demandó la culpabilidad, o se renunció al pronunciamiento de culpabilidad de la separación, el caso juzgado solo se conforma en relación al "*petitum*" accionado y no subsiste, por lo tanto, ninguna preclusión al ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.

El incumplimiento de las obligaciones conyugales atribuye el derecho a la indemnización por concepto de daños patrimoniales, conforme al art. 2059 del Código Civil, en las siguientes condiciones, según lo establecido en las sentencias de las Secciones Unidas del 2008:

---

10 Casación, Secc. 15 de septiembre de 2011, No. 18853.

- que el incumplimiento del deber de fidelidad haya provocado la vulneración de un derecho constitucionalmente protegido, ya que el daño, para ser relevante a este propósito, no puede consistir simplemente en el sufrimiento mental causado por la infidelidad y la percepción de ofensa resultante de la infracción –objetivamente inherente en el incumplimiento de la obligación de fidelidad– en sí mismo no es indemnizable constituyendo un perjuicio derivado de la infracción a la ley común;

- la lesión de un interés constitucionalmente protegido puede producirse si se demuestra –por ejemplo– que la infidelidad, por sus modalidades y en relación con la especificidad del caso, ha dado pie (con la prueba del nexo de causalidad) a una lesión a la *salud* del cónyuge o a la *dignidad* de su persona;

- que la lesión del interés sea grave, en el sentido de que el perjuicio exceda un umbral mínimo de tolerancia, como lo exige el deber de solidaridad del artículo 2° de la Constitución o que el daño no sea fútil, sino que tenga una consistencia que pueda considerarse jurídicamente relevante.

La Corte Suprema acoge, entonces, el argumento según el cual el perjuicio resultante del incumplimiento del deber de fidelidad no sería en sí mismo indemnizable, ya que el derecho a la fidelidad estaría consagrado en el derecho común y no tendría protección constitucional.

Precisamente en aplicación de estos principios, en una sentencia posterior, la Corte Suprema[11] confirmó la sentencia de mérito, que –no obstante la culpabilidad de la separación al cónyuge infiel– había negado la indemnización al cónyuge víctima de la infidelidad, en ausencia de evidencia de conductas específicas, dotadas de la gravedad intrínseca y de la consiguiente lesión injusta de un derecho protegido por la Constitución del otro cónyuge.

Más recientemente, el Tribunal de Casación[12] –continuando con la negativa que el derecho a la fidelidad conyugal constituye una situación digna de calificación autónoma y protección compensatoria– ha reiterado la necesidad

11 Casación, Secc. VI, 17 de enero de 2012, Nº 610.

12 Casación, Secc. I, 01 de junio de 2012 Nº 8862.

de que la infidelidad, por ser causal de obligaciones compensatorias, deba consistir en una conducta lesiva de "otros" derechos de la persona, como "la salud, la intimidad, las relaciones interpersonales, […] la reputación".

Puede inferirse, por tanto, del análisis jurisprudencial una indicación dual:

- el derecho a la fidelidad no tiene protección constitucional y, por esa razón, no merece ser protegido en el plano indemnizatorio.

- el incumplimiento del deber de fidelidad constituye un delito civil únicamente cuando determina la lesión de otros derechos de la persona.

Ambas declaraciones provocan perplejidad.

En primer lugar, no se entiende por qué razón no merece protección indemnizatoria el incumplimiento de una obligación expresamente prevista por el Código Civil y tan solemne como para que la ley prevea un recurso meramente suspensivo (como la separación de cuerpos) antes de acceder al único instrumento judicial constituido para el divorcio.

En segundo lugar, es dudoso que los derechos y deberes matrimoniales no tengan ningún tipo de protección constitucional, teniendo en cuenta el artículo 29 de la Constitución, que asigna al matrimonio la función de fundamento jurídico de la familia.

En definitiva, se puede decir que la jurisprudencia ha acogido, en materia de indemnización por daños intrafamiliares, una concepción compensatoria y completamente carente de lógica punitiva, como parece afirmarse, en cambio, en la interpretación y aplicación del artículo 709 del Código de Procedimiento Civil[13].

13 Sobre la incidencia del nuevo artículo 709 del Código de Procedimiento Civil sobre el tema de la responsabilidad civil en la familia, A. D'ANGELO, *¿La compensación de daños y perjuicios como sanción? algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 709 del Código de Procedimiento Civil,* en Familia, 2006, pp. desde 1031-1051.

## 5. El ejercicio abusivo del llamado derecho "potestativo" a la separación

Un enfoque tan estricto, especialmente en materia de prueba de un nexo causal entre la conducta infiel y el perjuicio del derecho personal del cónyuge-víctima parece sufrir, además, de la concepción "potestativa" acogida por la Corte Suprema sobre el derecho a la separación personal.

En este punto, la jurisprudencia no ahorra afirmaciones "fuertes" cuando, por ejemplo, proclama que, "con el matrimonio,... según la concepción normativa sancionada por el legislador, los cónyuges no se conceden un irrevocable, mutuo y exclusivo "*ius in corpus*"... válido para toda la vida, al cual pueda corresponder a un "derecho inalienable" de cada uno contra el otro, pudiendo hacer cesar cada uno los deberes relativos en cualquier momento con un acto unilateral de la voluntad expresado en las formalidades de la ley"[14], o cuando presenta demanda de separación de derecho subjetivo potestativo[15], sobre el supuesto que "en una visión evolutiva... la relación conyugal [debe considerarse] en el estado actual de la sociedad, incoercible y ligada al consenso permanente de cada cónyuge" a tal punto que "el juez, para pronunciar la separación, debe verificar, con base en los datos objetivos que hayan surgido, así como en el comportamiento procesal de las partes, con particular referencia a los resultados del intento de conciliación y prescindiendo de cualquier elemento de culpabilidad, la existencia, incluso en solo uno de los cónyuges, de una condición de tal desafecto al matrimonio como para hacer incompatible, aún prescindiendo de elementos de culpabilidad a cargo del otro, la convivencia"[16].

Parece extraño, en efecto, que tal concepción se considere una emanación directa del mismo art. 29 de la Constitución, que –lejos de "constitucionalizar" el derecho a la separación– sanciona, por el contrario, la garantía de la unidad familiar.

---

14 Casación, Secc. I, 15 de septiembre 2011, No. 18853.

15 Así, expresamente, Casación, Secc. I, 9 de octubre de 2007, No. 21099.

16 Casación, Secc. I, 14 de febrero de 2007, Nº 3356.

Pero aun queriendo acoger –uno se sentiría tentado a decir... *per absurdum*– tal perspectiva, sería necesario preguntarse si el derecho a la separación de cuerpos, cuando se ejerce de forma imprevista, pueda causar un desequilibrio entre la ventaja que se propone el cónyuge que lo ejerce y el perjuicio que se provoca en contra del cónyuge que tenía una legítima e inocente confianza en la continuación del proyecto conjunto existencial y familiar, no legítima las mismas evaluaciones en términos de abuso del derecho, que la jurisprudencia hace tiempo practica en el ámbito de las relaciones obligacionales y contractuales.

Tampoco se puede admitir que –como sostienen algunos autores–[17] la separación o el divorcio no puedan constituir en sí mismos causa de "daño" a cargo del cónyuge que haya sufrido la ruptura del vínculo matrimonial. Como ya lo ha replicado una doctrina autorizada, "tal opinión, independientemente de la aspereza ideológica, termina por describir el vínculo matrimonial, incluso como más laxo que un contrato, con respecto al cual, por otra parte, nadie se atreve a invocar la libertad para excluir la responsabilidad de la parte infiel".

Debe considerarse, por tanto, que el derecho a la separación no pueda prescindir, teniendo en cuenta la legalidad de su ejercicio, del fundamento objetivo, o al menos subjetivamente plausible y razonable, de la efectiva intolerabilidad de la convivencia. La demanda de separación (o de divorcio), motivada únicamente por el "deseo de" recuperar el estado de libre, disimula un inexistente *ius poenitendi* respecto del vínculo matrimonial, que no puede permanecer inmune de valoraciones en términos de delito intrafamiliar.

---

17 Por ejemplo, Facci, *La injusticia del daño en las relaciones familiares, Contr. impr., 2005, 1244,* según la cual "cada cónyuge tiene derecho a separarse, divorciarse, contraer un nuevo matrimonio y formar una nueva familia."

## 6. El delito en la relación entre padres e hijos: la negativa a asumir el papel de padre

Pasando al examen de las figuras de delito intrafamiliar en la relación entre padres e hijos, un primer problema consiste en determinar si se puede calificar como hecho ilícito la negativa injustificada a asumir el papel de padre que se deriva del acto de la procreación.

Nuestro ordenamiento reconoce, en el estado actual de la legislación, tanto la voluntariedad general del acto de reconocimiento (art. 250 del Código Civil), como la facultad de la madre a no ser nombrada en el certificado de nacimiento (artículo 30, párrafo 1, DPR Nº 396/2000) (Renda, 2008) y la correspondiente prohibición de expedir, antes del transcurso de cien años, una copia integral del certificado de asistencia en el parto o de los registros médicos, incluyendo los datos personales que hagan identificables a la madre que haya declarado no querer ser nombrada (artículo 93, párrafo 2, D. LVO no. 196/2003)[18]. Añádase a esto la imposibilidad de reconocimiento legal como hijo natural de quien resultare hijo legítimo ajeno.

A excepción de este último caso –en la cual realmente no se entiende cómo pueda ser también teóricamente compatible la imposibilidad del reconocimiento con la obligación de reparación por falta de reconocimiento– es controvertido si la falta o el retraso del ejercicio de la facultad de reconocimiento puedan ser considerados al mismo nivel de una conducta lesiva del derecho del hijo a crecer y desarrollarse en un entorno familiar y social de acuerdo con el estado que tendría conforme al vínculo biológico.

---

18 Sobre este punto, Tar Marche, secc. Ancona, 13 de noviembre de 2008 Nº 1914, en *Jurisprudencia de mérito*, 2009, 6, 1529, con nota de: Santarsiere, según la cual *la prohibición de revelar los orígenes biológicos del hijo natural abandonado a la asistencia pública sin el consentimiento de su madre fue sancionada por ley y como resultado se ha establecido a través del derecho al anonimato de la madre, que, en el momento del parto, declare que no desea ser identificada, permitiendo, si hubiera interés, la emisión de una copia del certificado de asistencia en el parto o del registro médico transcurridos cien años desde la formación. Antes de este período, dichos documentos pueden expedirse omitiendo los datos que permitan identificar a la madre. Por tanto, la prohibición de acceso a los actos administrativos, donde sea identificable la madre que quiera permanecer en el anonimato, se considera norma especial, haciendo una excepción a las normas generales que regulan los plazos y formalidades para obtener información, cuya finalidad se evitaría si la identidad de la madre fuera determinable antes de tiempo.*

La orientación jurisprudencial favorable a la tesis de la ilegalidad de la falta de reconocimiento del hijo natural fue inaugurada por la famosa decisión de la Corte Suprema de Justicia[19], que había sido aclamada como el primer reconocimiento de la figura del daño existencial por parte de la jurisprudencia de legitimidad. En dicha sentencia, la Corte de Casación reconoció el derecho a la indemnización por daños y perjuicios al hijo natural como resultado de la conducta del padre (judicialmente reconocido como tal), que durante años se había negado obstinadamente a responder al hijo con los medios de subsistencia. La Corte declaró que

> *…dado que el artículo. 2043 del Código Civil, en relación con los artículos 2° y ss. de la Constitución, necesariamente debe ampliarse para abarcar no solo el daño patrimonial en el sentido estricto, sino todos los daños que al menos potencialmente obstaculicen las actividades ejecutoras de la persona humana, la lesión de los derechos de relevancia constitucional va de acuerdo con la sanción compensatoria por el hecho en sí de la lesión (daño evento), independientemente de las eventuales pérdidas patrimoniales que la misma pueda comportar (daño consecuencia).*

Son de notar algunos pronunciamientos jurisprudenciales que afirman la misma responsabilidad. El Tribunal de Venecia[20] sostuvo que

> *…el hijo no reconocido, que no pudo beneficiarse de la figura del padre natural, sufre la infundada y dolorosa privación de una contribución que nuestra Carta fundamental garantiza plenamente el art. 30 y, por lo tanto, tiene derecho a la indemnización del llamado daño existencial... aunque hagan falta signos evidentes sobre el plano psicopatológico que podrían, sin embargo, configurar el daño biológico, porque lo lesionado en este caso es un derecho*

---

19 Casación, 7 de junio de 2000, Nº 7713, en Fam y der., 2001, p. 159, con nota de Dogliotti, la familia y otros derechos: responsabilidad civil, daño biológico, daño existencial, en Corr. Jur., 2000, p. 873, con nota de De Marzo, La casación y el daño existencial, en Daño y resp., 2000, p. 835, con notas de Monateri, En los umbrales: la primera victoria en casación del daño existencial y de Ponzanelli, Atención: no es daño existencial, sino una verdadera pena privada; en Resp. Civ. prev., 2000, p. 923, con nota de Ziviz, Continúa el camino del daño existencial.

20 Trib. de Venecia, 30 de junio de 2004*, en Fam y der.*, 2005, p. 297.

> *fundamental del hijo a la educación y la asistencia no solo económica.*

De acuerdo con este punto de vista,

> *…la concepción, nos guste o no, no se reduce al hecho puramente material, como es el caso en gran parte del reino animal... sino que implica sin excepción, incluso por postulado constitucional, el deber de guiar a su prole a lo largo de su, no tan fácil, camino de desarrollo psicofísico y de maduración; en consecuencia, comete un acto Ilícito el progenitor biológico que nunca haya (desde el nacimiento del hijo) de cualquier forma prestado a este último una mínima ayuda material, moral, emocional y psicológica, negándose, a pesar de los reiterados y dolorosos intentos del hijo de tener con él relaciones aun esporádicas de cualquier tipo e, incluso, a verlo.*

De acuerdo con los dos pronunciamientos citados, entonces, subsistiría, por un lado, el derecho constitucional del hijo al reconocimiento de su estado y la afirmación de los consiguientes derechos de la personalidad resultantes de la confirmación de la filiación, y por el otro, el deber de los padres naturales de guiar a su prole y garantizarle un desarrollo mental y físico de acuerdo con el vínculo sanguíneo.

El mismo Tribunal de Venecia –en pronunciamiento posterior[21]– expresamente refutó la tesis del contraste lógico/jurídico entre la voluntariedad del reconocimiento y la antijuridicidad de la consciente omisión del reconocimiento mismo. Se ha afirmado, en efecto, que

> *…parece difícil sostener el carácter no obligatorio de una conducta que, si no se mantiene, puede ser "sustituida" por una decisión judicial que produzca el mismo efecto. Con el fin de reconocer el hijo ilegítimo el padre biológico no tiene derecho a elegir: si no tiene la intención de reconocer espontáneamente al hijo natural, está sujeto a las consecuencias de la sentencia que establezca dicho estado; así, si el padre no puede sustraerse a los efectos del reconocimiento del es-*

21 Trib. Venecia, 18 de abril de 2006*, en Fam y der.,* 2007, p. 927, con nota de Facci*, La responsabilidad del padre que decide no reconocer al hijo y no provee su manutención: una sentencia importante.*

> *tado de filiación, con todas las consecuencias no solo patrimoniales si no primero familiares, si la determinación judicial de dicho estado es una consecuencia inevitable de la determinación en términos de la relación de filiación, al parecer debe suponerse que el reconocimiento del hijo natural, precisamente donde el padre no puede sustraerse, solo puede ser visto como un comportamiento obligatorio.*

Pero –según los jueces venecianos– incluso prescindiendo del reconocimiento del hijo o del pronunciamiento de la sentencia (declarativa) que determine el *estado* de filiación, la fuente de la obligación de manutención del hijo reside en el hecho mismo de la filiación, como se desprende de la dispuesto en el art. 279 del Código Civil, que establece que el hijo natural puede iniciar un procedimiento contra el padre para obtener de él manutención, ilustración y educación, aun en aquellos casos en los que no se pueda proponer acción judicial para la declaración judicial de paternidad.

Dado, entonces, que el elemento objetivo del ilícito consistiría en el incumplimiento de la obligación de manutención derivada de la procreación, el elemento subjetivo requeriría por lo menos la culpa, que vendría a configurarse en el supuesto de que *"una conducta deficitaria de un esfuerzo diligente... destinado a salvaguardar los intereses de aquel [el hijo natural], con quien surja un contacto social, al cual se debe una forma de respeto, dentro de los límites señalados por los modelos de conducta típicos del tipo concreto de relaciones sociales que se produjeron en este caso".*

En lo referente a la cuantificación de los daños sufridos, otro pronunciamiento[22] sostuvo que el daño debe evaluarse teniendo en cuenta *"la proyección, sobre un plano probabilístico, de las posibilidades existenciales del hijo, en un sentido amplio, pero muy significativo (actividad profesional, inclusión social, nivel de la vida, capacidad económica), si hubiera podido sacar provecho de los aportes, no solo de carácter financiero, de su padre."* En el presente caso, el juez cuantificó en 4.000 millones de euros el daño sufrido por el hijo, teniendo en cuenta "[...] los prejuicios relacionados con la pérdida de la posibilidad de una inclusión social y laboral adecuada a la clase socioeconómica a la que pertenece el padre, pérdida directamente relacionada con ese déficit, no solo de aquellos aportes financieros que le permitieran un nivel de educación de alto nivel y la realización de actividades empresariales o profesionales acordes

22 Apelación de Bolonia, 10 de febrero de 2004*, en Fam y dir.,* 2006, p. 511, con nota de Facci*, El delito intrafamiliar entre daño in re ipsa e indemnizaciones multimillonarias*

a la familia, sino también de los consejos, las sugerencias, ese apoyo moral que auspiciara –en ausencia de factores adversos– la formación de una personalidad, de una cultura, de la capacidad de mantener relaciones sociales de alto nivel, directamente relacionados al patrimonio moral y cultural de la familia paterna".

## 7. Consideraciones críticas sobre las orientaciones jurisprudenciales

La jurisprudencia descrita anteriormente se presta a algunas reflexiones problemáticas y evaluaciones críticas.

En primer lugar, si fuera verdad la tesis de la obligatoriedad del reconocimiento del hijo natural, no veo por qué el Código no la sancionó expresamente y, de hecho, haya preferido una expresión literal claramente atribuyendo al padre la mera *facultad* del reconocimiento[23].En segundo lugar, resulta difícil relacionar la obligación del reconocimiento con la previsión del "consenso" para el mismo reconocimiento por parte del hijo que hubiera cumplido dieciséis años o, en el caso del menor de dieciséis, por el otro padre que hubiera ya efectuado el reconocimiento, el cual no podría negarlo, aun más, si es en el mejor interés del hijo. Es notorio cómo la jurisprudencia[24] tiene en cuenta la falta de interés del hijo en presencia de un riesgo grave para el desarrollo físico y mental del menor, potencialmente derivado del reconocimiento. Pero se trata de una afirmación poco coherente con la tesis del derecho absoluto del hijo, y la consiguiente responsabilidad civil del padre reacio, ya que, frente al reconocimiento, nada se opone a la adopción de las medidas restrictivas de la potestad o de la convivencia con el hijo (art. 333 Código Civil, Art. 155 Código Civil, etc.)

La combinación de las directrices legales descritas anteriormente es probable que conduzca a la paradoja de considerar el derecho del niño y la obligación

23 Art.-250 cc: Un hijo natural puede ser reconocido [...]

24 Por último, Casación, 5 de junio de 2009, Nº 12984, Just. Civ., 2010 I, 1442; Casación 27 de Mayo de 2008, Nº 13830, Foro it., 2008, 9, I, 2457.

de los padres al reconocimiento solo en los casos en que de la valoración de la relación de filiación puedan derivar *chances* concretas de mejorar la condición socioeconómica del propio hijo, con la perniciosa aplicación de una especie de criterio crípticamente plutocrático en el contexto de las relaciones familiares.

Por otra parte, la tesis de la obligatoriedad del reconocimiento es presagio de algunas implicaciones sistemáticas, de las cuales la misma jurisprudencia no parece, de momento, plenamente consciente. Si el padre biológico está obligado a reconocer al hijo y, de todas formas, a mantenerlo de acuerdo con las condiciones económicas y sociales apropiadas, habría que, *per absurdum*, predicar la responsabilidad en cabeza de todos aquellos que, obstaculizando el cumplimiento de tal obligación, afecten en concreto la realización del correspondiente derecho del hijo. Tal razonamiento llevaría a sugerir incluso la obligación de ejercer las acciones judiciales necesarias para la eliminación de la condición de hijo legítimo (art. 235 C.C.: acción de impugnación de la paternidad) que se interponga en la concreción del supuesto *derecho* del hijo al reconocimiento legal jurídico correspondiente al hecho de la procreación y la correspondiente obligación del padre de manutención y educación de la prole derivada de la procreación.

En última instancia, parece posible afirmar que la tesis jurisprudencial de la *ilicitud* de la falta de reconocimiento deriva mucho más de la evolución de la sensibilidad cultural con respecto a la responsabilidad del acto procreador que de una lectura armónica de los datos normativos generales que rigen la materia de la filiación: una tesis de *iure condendo*, que prefiere "lanzar el corazón por encima del obstáculo", representado por una legislación aún centrada en una concepción voluntarista del *status* de los padres.

## 8. Los hechos ilícitos relacionados con el ejercicio de la patria potestad

En el caso que subsista la relación parental, el problema del ilícito del padre hacia el hijo afecta, en primer lugar, a los límites del ejercicio de la potestad:

límites ya notorios desde la antigüedad, si es cierto que Adriano declaraba que *patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere*.

Aún sin el reconocimiento de un principio dogmático de inmunidad, similar al desarrollado en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, antes de que se declarara la reforma de la doctrina del derecho de familia se afirmó en la doctrina un ámbito de exención de responsabilidad por actos dañosos realizados por el padre en ejercicio del *ius corrigendi* corolario de la *potestas* parental. El derogado artículo 319 del Código Civil –que reconocía al padre el poder de "frenar la mala conducta del hijo"– se interpretaba, de hecho, en el sentido de que "el poder, dentro de los límites de un ejercicio legítimo, adecuado a las circunstancias y el daño que el padre quiere evitar al hijo, determina la inmunidad por las consecuencias perjudiciales de dicho acto" (Rescigno, 1961, p. 439).

La sustitución de la norma tras la reforma de 1975 ha eliminado cualquier fundamento para la idea de la legalidad de los actos violentos o abusivos del padre, aun dirigidos a la supresión de la "mala conducta del hijo", y ha venido a reforzar la creencia, del todo coherente con la superación de la concepción autoritaria de las relaciones familiares, según la cual "un acto que determine un daño al hijo no pueden ser normalmente entendido como explicación de la potestad" (Patti, p. 403).

En el ordenamiento español se quiso sancionar legislativamente un cambio idéntico de la noción de potestad en las relaciones familiares y en el 2007[25] se reformó el Art. 134 Codigo Civil, sobre el contenido de la potestad, eliminando el último inciso, que establece que "[Los padres]... podrán también corregir *razonable y moderadamente* a los hijos", limitando el texto de la norma a la disposición en virtud de la cual *Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad*. Se extirpó así cualquier pretexto textual *al ius corrigendi* en la educación de los hijos, con el propósito expreso de tutelar principalmente la esfera de los derechos personales del menor, pero en concreto la reforma no tuvo efecto sobre la práctica, ya de por sí marcada hacia un cambio en tal dirección de la evolución de las costumbres, ni sobre las aplicaciones de carácter jurisprudencial.

El perfil de la responsabilidad puede subsistir en presencia de conductas supuestamente asumidas en la explicación de la potestad aun a la luz de la ley sobre violencia doméstica, ya que –como se ha observado puntualmente (Pa-

25 Disposición Final 1.2 de la Ley de Adopción internacional, Ley 28 de diciembre de 2007 no. 54.

tti, 2004, p.1536)– las órdenes de protección no solo no excluyen, sino que son totalmente compatibles con el remedio compensatorio.

Del mismo modo, la aplicabilidad de las medidas judiciales de revocación o restricción de la patria potestad no se opone a la expectativa del resarcimiento del daño, que se sitúa sobre el plano general de la protección de la esfera mínima de los derechos de la persona (Patti, 1981…, p. 43).

La singularidad actual del *ius corrigendi* en el ejercicio de la potestad parece confirmado por el lenitivo por medio del cual regresa al contenido de la potestad la obligación del padre de proteger la integridad física y mental del hijo, en particular previniendo e impidiendo posibles peligros y perjuicios provenientes de terceros, por lo que sería paradójico que la violencia pueda ser una conducta discriminada *a priori* precisamente si el autor es el padre.

En el campo del Derecho penal, por ejemplo, al padre que ejerce la potestad sobre hijos menores de edad se le ha reconocido por la jurisprudencia[26] una posición de "garantía" en relación con la protección de la integridad psicofísica de los mismos, con la consecuencia que es penalmente responsable, de conformidad con el art. 40, parágrafo 2º, del Código Penal, por los actos de violencia sexual realizados, por ejemplo, por el cónyuge (o pareja) sobre los hijos, cuando subsistan las siguientes condiciones:

a. el conocimiento o cognoscibilidad del evento;

b. el conocimiento o reconocimiento de la obligación que incumbe al "garante";

c. la posibilidad objetiva de impedir el evento.

La fuente de esta posición de "garantía" debe ser interpretada en el Art. 147 del Código Civil, que, en el ámbito de los deberes que afectan a los padres, establece, en particular, la obligación de proteger la vida, la seguridad y la moralidad sexual de los hijos menores frente a eventos naturales o agresiones de terceros, incluso intrafamiliares, a través de la adopción de medidas más drásticas con miras a la consecución de este fin.

---

26 Casación Penal 05 de marzo de 2008, Casación penal. 14 de diciembre de 2007, Casación penal, 19 de enero de 2006.

Bajo tal perspectiva, entre las intervenciones "imperativas" que el padre está obligado a poner en práctica se incluyen las soluciones extremas, como la denuncia del autor del ilícito y su alejamiento de la habitación conyugal.

La violencia –afirma la Corte Suprema–[27] resulta incompatible tanto con la protección de la dignidad del sujeto menor de edad como con la necesidad de un desarrollo equilibrado de la personalidad del mismo, por lo que nunca puede considerarse apartada del ejercicio de la patria potestad.

La jurisprudencia concuerda, del mismo modo, en descartar correctamente que la lesión pueda ser desechada por el presunto *ius corrigendi* "cuando el contenido de la expresión ofensiva pronunciada, perentoria y resentida, así como la vulgaridad insólita y brutal, sea tal que excluya toda posibilidad de considerarla una simple reprimenda con fines educativos".[28]

La definitiva singularidad del *ius corrigendi* con el contenido de la potestad está consagrada por la reciente Ley No. 219 de 2012, cuyo artículo 1, párrafo 7, introduce el nuevo art. 315 bis del Código Civil, según el cual

> *El hijo tiene derecho a ser mantenido, educado, instruido y asistido moralmente por los padres, respetando sus capacidades, sus inclinaciones naturales y sus aspiraciones. El hijo tiene el derecho de crecer en familia y mantener relaciones significativas con sus padres. El hijo menor que haya cumplido doce años y aún menor que sea capaz de discernir, tiene el derecho a ser escuchado en todos los asuntos y procedimientos que le conciernan. El hijo debe respetar a sus padres y contribuir, en relación con sus propias capacidades, sus recursos y sus ingresos, a la manutención de la familia mientras viva con ella.*

Perfiles de interés –en especial en la dogmática– muestra la configuración de la potestad como una situación jurídica subjetiva caracterizada por la obligatoriedad en cabeza del padre y a la que ahora corresponde una situación de pleno derecho subjetivo del hijo. Mientras que, de hecho, el art. 147 del Código Civil indica como "deber" de los padres el de *instruir, mantener y educar a la prole*, el nuevo art. 315 bis del Código Civil atribuye al hijo el "derecho a ser mantenido, educado, instruido y asistido moralmente por los padres,

---

27 Casación pen., secc. V, 10 de octubre de 2012 N. 45859.

28 Casación Pen. 03 de noviembre de 1994, Fioravanti: caso en el que el padre había llamado a su hija menor con las siguientes expresiones: *¿Todavía eres virgen? Eres una p...., ¿Con cuántos te has acostado?*

respetando sus capacidades, sus inclinaciones naturales y sus aspiraciones". La norma corresponde no solo a la evolución de las costumbres y el sentimiento social, sino también a lo establecido en el art. 155 del Código Civil tras la reforma de la confianza compartida en 2006, donde ya había sido previsto el derecho del hijo menor de edad, incluso, en caso de separación de los padres, de mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, de recibir atención, educación e instrucción de ambos y mantener relaciones significativas con los ascendientes y los parientes de cada una de las ramas familiares. Salvo, entonces, la importancia simbólica del actual reconocimiento normativo de la posición del menor, no corresponde conjeturar innovaciones aplicativas revolucionarias, aun bajo el perfil de la responsabilidad civil.

Naturalmente, la peculiaridad del *ius corrigendi* con el contenido de la patria potestad no excluye la necesidad de una evaluación de conductas, que se asuman inherentes al ejercicio del deber de educación, de acuerdo con parámetros diferentes de aquellos que se podrían adoptar al mismo nivel del derecho común. Independientemente, de hecho, del caso más grave –que, como es lógico, se elevan a la importancia de casos jurisprudenciales– no parece probable que la conducta ilícita del "passante" (Nicolussi, 2008)[29] pueda equipararse a la del padre, si la incidencia sobre la esfera psicofísica del menor resultara transitoria, débil y conexa a la amonestación educativa y moral[30].

## 9. Los delitos ajenos a la función parental

La conclusión favorable a la expectativa del remedio compensatorio respecto de conductas que representen exceso o desviación del ejercicio de la patria potestad debe confirmarse más aún en presencia de actos lesivos de la integridad y dignidad de la persona que no hayan sido cometidos en cumplimien-

29 Por una tesis totalmente contraria a la aplicación general de las reglas de responsabilidad civil en el ámbito de la familia, por el solo hecho de una concepción restrictiva de la institución de la responsabilidad aquiliana.

30 En este sentido, no parece constituir un modelo valioso el sistema sueco que considera en cada caso al mismo nivel de maltrato el acto violento contra el niño. Por esta razón, el verano pasado, fue arrestado y acusado un turista italiano que, para reprimir el capricho del hijo de doce años de edad, le dio una bofetada: http://*www.cnrmedia.com*

to de la función parental. Consideremos, por ejemplo, las expensas por los crímenes cometidos por el padre contra el hijo y, en relación con los delitos culposos, de un accidente de tráfico en el que sufra daños el hijo del conductor responsable.

Desde el primer punto de vista, ha sido reconocida[31] la responsabilidad, incluso civil, del padre, luego de la consumación del delito de violencia sexual conjunta en contra del menor, afirmando que "*de conformidad con el art. 147 del Código Civil [La madre] tenía a su cargo una obligación jurídica específica, no solo moral, de proteger el desarrollo y la misma educación sexual de [la] hija menor"*.

Con respecto a los delitos culposos, se debe señalar que la exclusión inicial de los beneficios del seguro obligatorio –prevista en el texto del art. 4, Ley n°. 990/69– surgió primero con la reforma de ley de 1992 y luego repetida en el Código de Seguros vigente, cuyo artículo 129 excluye la sola indemnización de los daños sufridos por el cónyuge no separado legalmente, la pareja de hecho, los ascendientes y descendientes.

Hoy pertenece a la historia del pensamiento jurídico la influyente tesis (Rescigno, 1961, p. 440) de la inmunidad de los padres aun por ilícitos similares, sobre la base del deber de manutención, en el sentido que "en la práctica, por lo general, la compensación del daño se llevará a cabo como parte del deber de manutención (que se extenderá, por ejemplo, a los cuidados, la atención, la hospitalización); otra sanción a cargo del patrimonio del esposo o del padre, será la pérdida –por un período más o menos largo– del aporte de trabajo y, en un sentido más general, de la colaboración que la esposa o el hijo, antes de sufrir el daño, aprovechan de la comunidad familiar"

## 10. Exclusión de la acción de regreso por parte del hijo

Si bien es cierto que los padres responden por los delitos civiles consumados contra los hijos, debe sin embargo descartarse que los padres puedan ser des-

31 Casación pen. 27 de septiembre de 2011, n°. 34900.

tinatarios de la acción de regreso por parte del hijo como resultado del ilícito de este último cometido en perjuicio de un tercero que hubiere invocado la responsabilidad solidaria del art. 2048 del Código Civil.

Teniendo en cuenta que el hijo responde directamente por el daño en razón a su capacidad de comprender y querer, su responsabilidad directa absorbe toda posibilidad de hacer valer, al mismo nivel del tercero perjudicado, el incumplimiento de la obligación de educar y supervisar a los hijos. En este caso, no es escindible –a los efectos del art. 2055 del Código Civil– la culpa del menor en la realización del ilícito, de la culpa *in educando* o *in vigilando* de los padres. En consecuencia, si los bienes del menor son suficientes para hacer frente a la reclamación del tercero, no sería admisible una acción de regreso contra los padres, lo que implicaría la negación de la capacidad de absorción y reelaboración de los preceptos educativos que deben necesariamente asumirse en el menor imputable.

## 11. El derecho del hijo a indemnización por incumplimiento de las obligaciones conyugales

Una reflexión merece la hipótesis de la reclamación del hijo por aquellos mismos hechos que pueden fundamentar la acción de indemnización por parte de otro miembro de la familia. La pregunta debería ser si la violación del derecho a la integridad de las relaciones familiares no puede legitimar la acción del hijo contra la decisión imprevista, por ejemplo, del padre de romper la unidad familiar o como consecuencia de conductas lesivas a las obligaciones con el cónyuge (y, por lo tanto, el otro ascendiente) o por el deseo caprichoso de recuperar el estado de soltero.

Teniendo en cuenta que en otros ordenamientos se ha reconocido, también en la relación entre los cónyuges, el llamado daño de divorcio[32], también nos ha llegado la hora de preguntarnos si existe y puede ser ejercido sin limita-

32 Art. 266 *Código Civil* francés.

ción el derecho del cónyuge de solicitar la separación o el divorcio, cuando esa decisión ocasione perjuicio grave no solo al cónyuge, sino también a los otros miembros de la comunidad familiar, casi siempre descrita, con una retórica figurativa que aún no se ve reflejada en aplicaciones jurídicas, como las "víctimas inocentes" (y –se debería añadir– "no indemnizadas") de la desintegración de la familia[33].

## 12. El derecho de los padres a indemnización por responsabilidad civil de su hijo

Hay que reconocer, asimismo, la admisibilidad del derecho del padre a la indemnización de daños y perjuicios derivados del hecho ilícito cometido por el hijo. Tal novedad permitiría superar incluso algunos límites anticuados, que todavía permanecen en el ámbito del Derecho penal, en el que aún no se ha reconsiderado la congruidad de la causa de no punibilidad del art. 649 del Código Penal, que impide el castigo de los delitos más comunes contra la propiedad si no se cometen con violencia contra las personas. La experiencia –especialmente de los delitos cometidos con el fin de obtener la liquidez necesaria para adquirir sustancias estupefacientes– conduce a algunas dudas sobre la idoneidad permanente de tal solución, sobre todo cuando el comportamiento del hijo no resulte subsumible en la categoría de abuso familiar y no permita, por tanto, ni siquiera la medida (preventiva frente a la repetición del ilícito) del alejamiento de la casa familiar.

33 En este sentido, el argumento de que "cada cónyuge tiene derecho a separarse, divorciarse, volver a casarse y formar una nueva familia"(Facci, *La injusticia de los daños en las relaciones familiares,* cit., 1244), ha sido duramente criticado por quienes han sostenido que "una opinión similar [...] termina por describir el vínculo matrimonial como aun más flexible que un contrato, con respecto al cual, por otra parte, nadie se atreve a invocar la libertad para excluir la responsabilidad de la parte infiel"(Nicolussi, *Deberes de protección, cit.,* nota 49).

# 13. Conclusiones

El marco jurisprudencial sobre el tema del ilícito intrafamiliar y la pluralidad de las opiniones doctrinales presentan, en definitiva, datos complejos y variados, al punto de no permitir hoy predicciones fáciles sobre la evolución del sistema jurídico y el derecho vivo. La misma reconducción del ilícito familiar al redil de la responsabilidad civil puede ser refutada si la jurisprudencia considerara proseguir en algunas aperturas que tienen que ver con los llamados deberes de protección que –para que puedan ser considerados subsistentes en las relaciones contractuales– puedan asimismo hallarse en el interior de las relaciones familiares, íntimamente caracterizadas por deberes preexistentes de contenido amplio y sin una específica prestación predeterminada. Si, por el contrario, la jurisprudencia siguiera prefiriendo la dimensión de la responsabilidad civil, habrá que profundizar, sin atajos constitucionales, el perfil de la injusticia del daño, ya para evitar el riesgo de contradicciones en el sistema (como por ejemplo, en términos del daño causados por la falta de reconocimiento), como para determinar el contenido de situaciones jurídicas que –como la potestad– sufren más que otros de los cambios culturales y de las costumbres.

A la jurisprudencia hay que reconocer, por otra parte, el mérito (y el valor) de haber atribuido relevancia jurídica a la responsabilidad, en el pasado solo moral, tanto del incumplimiento de las obligaciones conyugales de fidelidad y cuidado, como de la realización del acto de la procreación: en torno a estos principios de civilización es necesario reconstruir la coherencia del sistema, con la firme esperanza de que el legislador quiera, siempre con prudencia y rigor técnico, contribuir a la adaptación de las normas a los valores morales y sociales compartidos.

# Bibliografía

Ferrando, G. (2007). Responsabilidad civil y relaciones familiares a la luz de la. L. Nº 54/2006, *Fam. Pers. Suc.*, p. 590 y ss.

Nicolussi, A. (2008). Obligaciones familiares de protección y responsabilidad, en *Europa y der. priv.*,

Patti, S. (München 2004). Violencia entre miembros de familia: de la inmunidad a la sanción, Festschrift für Erik Jayme, Bd. 2, 1536.

Patti, S. (1981). La decadencia de la immunity doctrine en las relaciones familiares, *Rev. Der. Civ.*, 378 ss.

Renda, A. (2008). *La aserción de la maternidad,* Turín.

Rescigno, P. (1961). Inmunidad y privilegio, *Rev. Der Civ*.., I, p. 439.

# LECTURAS OBLIGATORIAS

## UNIDAD II: CAUSALIDAD

1) EL PROBLEMA DE LA RELACION DE LA CAUSALIDAD EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Juan Manuel Prevot.

*Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 15, pp. 143-178 [diciembre 2010]



# EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

# THE PROBLEM OF CAUSATION IN THE LAW OF CIVIL LIABILITY

# O PROBLEMA DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

*Juan Manuel Prevot*[*]


## Resumen

Tanto desde el punto de vista teórico como del práctico, la relación de causalidad es, sin duda, el presupuesto más problemático y, quizá, menos tratado del Derecho de la Responsabilidad Civil. Enrevesada, difícil, compleja, tormentosa, insoluble, angustiosa, multiforme, enigmática y ambigua, son algunas de las características (o adjetivos calificativos) con que, comúnmente, se señalan las cualidades (más bien abstractas) atribuidas a la causalidad (en tanto sustantivo). No obstante, la distinción entre causalidad e imputación objetiva resurgida en los últimos años y de gran predicamento en el Derecho Penal, aporta un halo de aire fresco que no se puede soslayar.


Palabras clave: causalidad, autoría del daño, extensión del resarcimiento




## Summary

From both the theoretical and practical perspectives, causation is undoubtedly the thorniest and perhaps least-addressed issue in civil liability law. Convoluted, difficult, complex, turbulent, insoluble, distressing, multiface-


[*] Docente adjunto de Derecho Civil II (Obligaciones) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCU, provincia de Entre Ríos. Dirección postal: Rosario Nº 120, ciudad de Gualeguaychú, Entre Ríos. Artículo recibido el 4 de agosto de 2010 y aceptado para su publicación el 30 de septiembre de 2010 Correo electrónico: manuelprevot@hotmail.com.

Revista Fueyo 15.indd 143 3/12/10 10:55:20

ted, enigmatic and ambiguous are some of the features (or adjectives) that commonly identify the qualities (abstract) attributed to causality (as noun). Nevertheless, the distinction between causality and objective imputation has re-emerged with considerable fanfare in recent years in Criminal Law, providing a breath of fresh air well worth examining.

Keywords: causality, authorship, length of recovery.

## Resumo

Tanto desde o ponto de vista teórico, quanto desde o ponto de vista prático, a relação de causalidade é, sem dúvida, o pressuposto mais problemático e, quem sabe, menos tratado do Direito da Responsabilidade Civil. Arrevesada, difícil, complexa, tormentosa, insolúvel, angustiosa, multiforme, enigmática e ambígua, são algumas das características (os adjetivos qualificativos) com que, comumente, se assinalam às qualidades (mais bem abstratras) atribuídas à causalidade (no entanto substantivo). No obstante, a distinção entre causalidade e imputação objetiva ressurgida nos últimos anos e de grande prestígio no Direito Penal, contribui a uma coroa de ar fresco que não se pode esguelhar.



Palavras clave: causalidade, autoria, extensão de indenização.

## § I. Caracteres y perplejidades[1]

### *1. La causalidad: una noción difícil y enrevesada de la responsabilidad civil*

Pocos temas se han presentado más enrevesados y plagados de dificultades que éste. De ahí que sea una de las cuestiones más "complejas"[2]; "tor-

[1] Como previo, hemos de aclarar al lector que la temática aquí abordada (esto es, el nexo de causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Civil), presenta aristas comunes en todos los sistemas forjados a la sazón de la cultura grecorromana y, si se quiere, también a los sistemas de raíces anglosajonas (*Common Law*). De allí que las cuestiones atinentes a la relación de causalidad (en tanto presupuesto de la responsabilidad civil) resultan comunes, en principio, a todos los ordenamientos jurídicos.

[2] Alain Nadeau, "Notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile", dans Univversité de Montréal, *Études juridiques en hommage à Monsieur le juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1963, p. 435, Philippe Conte, Patrick Maistre du Chambon, *La responsabilité civile délictuelle*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 131.

Revista Fueyo 15.indd 144 3/12/10 10:55:20

mentosas"[3]; "angustiosas"[4]; "irritantes"[5]; "enigmáticas"[6]; "multiformes"[7]; "ambiguas"[8]; "insolubles"[9] o, si se prefiere, "de extrema dificultad"[10] (práctico-teórica[11]) del Derecho de la Responsabilidad Civil. A punto tal que, para reconocidos autores[12], los jueces deberían abstenerse de realizar cualquier análisis de índole causal; puesto que el problema siempre queda reducido a una mera *quaestio facti*, librada en *ultima ratio* a la sensibilidad[13], la equidad[14], el sentido común[15] o, en suma, al prudente arbitrio del intérprete[16].

## *2. La causalidad: una noción que trasciende el ámbito de la responsabilidad civil*

La noción de causalidad en derredor de la cual giran una pléyade de principios, corrientes y doctrinas (filosóficas, físicas, jurídicas, matemáticas, etc.), no sólo desborda el campo de la responsabilidad civil sino, también, el del Derecho aprehendido en su total dimensidad. Es así que la causalidad siempre atrajo la atención del filósofo, del físico, del matemático, del

[3] Giulio Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 88.

[4] Paul Esmein, "Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité", *Dalloz*, Cronique, Paris, 1964, p. 205.

[5] Georges Durry, "Commentaires sur l'échec de la division civile (2e) de la cour d'appel. 2º, 12/12/1968", in *RTDciv.*, Nº 1, Paris, 1969, p. 570.

[6] Christian Lapoyade-Deschamps, "La reparation du préjudice économique pur en Droit français", dans *Revue Internationale de Droit comparé*, Nº 2, Paris, 1998, p. 367.

[7] Olivia Sabard, *La cause étrangère dans les Droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007, p. 367.

[8] Cesare Salvi, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffre editore, 1998, p. 169.

[9] Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1935, p. 225, José Tobías, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil médica", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, s/vol., Buenos Aires, 2003, p. 39.

[10] Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, Québec, Éditions Yvos Blais, 2007, vol. 1: Principes généraux, p. 617, Clothilde Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005, p. 67.

[11] Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Obligations*, 5ª éd., Paris, Litec, 1996, tome 1: Responsabilité délictuelle, p. 437.

[12] Ripert (n. 9), p. 219 et ss.

[13] Esmein (n. 4), p. 205.

[14] Guillaume Cancelier, "De l'explication causale en Droit de la responsabilité civile délictuelle", in *RTDciv.*, Nº 1, Paris, 2010, p. 53.

[15] Giovanni Valcavi, "Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito", in *Rivista di Diritto Civile*, Nº 2, Padova, 2001, p. 409 e ss.

[16] "El juez tiene un amplio campo de apreciación", en Jean Carbonnier, *Droit civil*, 15ª éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1991, volume 4: Les obligations, p. 371.



Revista Fueyo 15.indd 145 3/12/10 10:55:20

literato, del religioso, del legislador, etc.; congregar nombres propios aquí, es delatar omisiones.

Sin embargo, he aquí que la noción de causa y de nexo causal es una conquista de tiempos recientes. La idea de que los hechos están determinados por las leyes de la naturaleza se halla fuera de la sique del hombre primitivo; que bajo un alto predominio del componente emocional no buscaba una explicación racional del suceder de los hechos (esto es, no sentía la necesidad de realizar una investigación causal de los acontecimientos); se contentaba, más bien, con encontrar un responsable[17].

### *3. La causalidad: una noción dual de la responsabilidad civil*

La causalidad cumple en el Derecho de la Responsabilidad Civil dos funciones:

1) Una relativa a la imputación del hecho dañoso a su autor o, si se prefiere, tendiente a la individualización del responsable[18], denominada por buena parte de la doctrina autoral italiana como "causalidad material" y,
2) Otra, consistente en determinar el contenido de la obligación resarcitoria, conocida como "causalidad jurídica"[19].



Una cosa es, entonces, emplear la causalidad a los fines de imputar el evento lesivo a un sujeto (causalidad como requisito autónomo de la responsabilidad), y otra muy distinta es utilizar la causalidad para determinar la medida de la reparación (causalidad como complemento)[20]. En el primer caso, se responde al interrogante, ¿quién causó el daño? (etapa del *an respondeatur*). Mientras que en el segundo, se responde a la pregunta, ¿cuánto debe pagar el responsable? (etapa del *quantum respondeatur*)[21].

Esta doble función que cumple la causalidad en el ámbito de la responsabilidad civil, junto a las diversas formas que forzosamente adquiere

---

[17] Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945, pp. 1, 7, 10, 18, 357, 383 y ss.

[18] Francesco Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè editore, 1967, p. 154.

[19] Aunque la expresión utilizada no es del todo correcta, Realmonte (n. 18), p. 42. Sobre los diversos modos con que se usa la voz "causalidad jurídica", véase Gino Gorla, "Sulla cosiddetta causalità giuridica: 'fatto dannoso e conseguenza' ", in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. 1, Milano, Giuffrè editore, 1951, p. 436 e ss., Andrea Belvedere, "Causalità giuridica?", in *Rivista di Diritto Civile*, vol. I Padova, 2006, p. 7 e ss.

[20] Gorla (n. 19), p. 433 e ss.

[21] Aunque es importante aclarar que el *quantum respondeatur* no se agota en la causalidad. Adriano de Cupis, "Il problema giuridico del *'quantum respondeatur'* ", in *Rivista di Diritto Civile*, vol. I, Padova, 1967, p. 540.

Revista Fueyo 15.indd 146 3/12/10 10:55:20

la misma, según el ámbito o *fattispecie* en que opere, imposibilitan todo intento de reconstrucción unitaria.

### *4. La causalidad: un requisito esencial de la responsabilidad civil*

Es común la opinión de que la relación de causalidad entre la conducta del accionado y el hecho dañoso es una de las condiciones imprescindibles de la responsabilidad civil. Es que, pues, el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha contribuido a su realización[22].

### *5. La causalidad: una noción plausible de confusiones, incoherencias, deformaciones y usos impropios*

Fruto de la incoherencia e ilogicidad que prima, tiempo ya, en el Derecho de la Responsabilidad Civil, amén de su ya remarcada complejidad, la relación de causalidad es, por lo general, escamoteada[23], confundida o malograda. Veamos algunas de las razones:



5. a) Pluralidad de causas

Con gran frecuencia el daño deriva de una serie concatenada de acontecimientos, o lo que es igual, de una pluralidad muy diversa de causas[24]; y todas ellas, con independencia de que sean directas o indirectas, remotas o próximas, constituyen un antecedente sin el cual el resultado final no se hubiese verificado[25]. Cuando esto sucede, el práctico del Derecho se encuentra ante la encrucijada de establecer a cuál o, a cuáles, de todas estas causas (o condiciones), corresponde atribuir relevancia jurídica. La complejidad del asunto proviene de que los hechos no aparecen perfectamente dibujados, sino que, de ordinario, integran un conjunto o masa de acontecimientos que actúan como factores determinantes, condicionantes o coadyuvantes de sucesivos fenómenos, y que se interfieren recíprocamente en sus respectivas derivaciones, de manera de presentar un

---

[22] André Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2005, p. 141.

[23] Denis Mazeaud, "Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de 'l'idéologie de la réparation')", dans *Études offertes à Pierre Catala. Le Droit privé français à la fin du xx siècle*, Paris, Litec, 2001, volume I: Partie générale, p. 571.

[24] Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 230.

[25] François Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le Droit a réparation*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p. 2 et ss.

Revista Fueyo 15.indd 147 3/12/10 10:55:20

panorama borroso que dificulta descubrir el nexo de causalidad que se está indagando[26].

De ahí que, a los efectos de poder establecer un criterio jurídico-valorativo que permita delimitar el problema y erigir, por consiguiente, a la categoría de causa, uno o unos de los tantos antecedentes que coadyuvan a la producción del resultado final nocivo (daño), se han formulados diversas teorías que, a la postre de sus diversas interpretaciones, no hacen más que enturbiar la cuestión (por ejemplo, causa próxima, causalidad adecuada, causa eficiente, condición preponderante, condición necesaria, etcétera)[27].

5. b) La confusión entre culpa y causa.

La confusión entre el juicio sobre la culpabilidad (cuando se la aprehende en clave objetiva) y el juicio sobre la causalidad (cuando se la escruta bajo los cánones de la adecuación) es innegable, y las consecuencias, de recibo, no son menores[28]. Al respecto, nos explayamos en el acápite § II, 2, b).

5. c) La confusión entre causalidad, imputabilidad y atribución

Por otro lado, las nociones de "imputación", "atribución" e "imputabilidad", son giros que aparecen entremezclados cuando se aborda tanto: la *relación de causalidad* (donde la distinción entre causalidad e imputación ha sabido concitar la atención de prestigiosa doctrina autoral)[29]; como la *culpabilidad* (dado que la imputabilidad es un requisito previo e indispensable); los *factores de atribución* (que también son llamados, por muchos, criterios de imputación) y la *noción misma de responsabilidad* (puesto que algunos la definen como la imputación de un hecho dañoso a un sujeto).



[26] Jorge Llambías, "El Derecho no es una física de las acciones humanas", en *La Ley*, tomo 107, Buenos Aires, 2009, p. 1.015.

[27] Una "pluralidad de formulaciones jurídicas" en palabras de Roger Mislawski, *La causalité dans la responsabilité civile. Recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique*, thesè pour le doctorat de L'Université de Cergy-Pontoise, Paris, 2006, p. 391.

[28] Jorge Mayo, *Estudios de Derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 230 y ss.; Aníbal Piaggio, "Presencias de la culpa", en *La Ley*, tomo F, Buenos Aires, 2005, p. 1.444.

[29] Fabrice Leduc, "Causalité civile et imputation, en Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile", dans Actes du Colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes, Supplement spécial, *Revue Lamy Droit Civil*, Nº 7, Paris, 2007, p. 40 et ss.; Jérôme Fischer, "Causalité, imputation, imputabilité: Les liens de la responsabilité civile", dans oeuvrage collectif, *Libre Droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, París, Dalloz, 2008, p. 383 et ss., Fernando Pantaleón Prieto, "Causalidad e imputación: criterios de imputación", en *Centenario del Código Civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Arces, 1990, tomo ii, p. 1.561 y ss.

Revista Fueyo 15.indd 148 3/12/10 10:55:20

5. d) La ausencia de un criterio coherente de apreciación

A decir verdad, no existe (tanto en doctrina como en jurisprudencia) un criterio uniforme de aprehensión del vínculo de causalidad (en su función de requisito autónomo de la responsabilidad civil). En ocasiones, disfrazada de certeza, se le da el papel de "cortapisa" insalvable en virtud del cual podrá ser rechazado, sin más, el reclamo indemnizatorio. Otras veces, muy por el contrario, el análisis causal podrá pasar por inadvertido, teniéndose por constatada sobre la base de meras conjeturas o, cuando no, suplantada, deformada o absorbida por otros elementos de la *fattispecie* (como la culpa[30] o el daño[31]).

5. e) La identidad de tratamiento del análisis causal en ambas égidas de la responsabilidad civil (contractual y delictual)

Al mismo tiempo, jueces y doctrinos resuelven de la misma forma el problema del nexo causal, tanto en un caso de responsabilidad contractual como en otro de responsabilidad delictual. Se hace caso omiso a que, en materia contractual, interesa el juicio de causalidad en el ámbito de extensión del daño resarcible. La imputación del hecho dañoso y la identificación del responsable no dan lugar a problemas porque el sujeto responsable viene identificado a través de la obligación incumplida, con otras palabras, para verificar el *an debeatur* alcanza con verificar el incumplimiento de la prestación. Para el caso de la responsabilidad extracontractual, por el contrario, para verificar el *an debeatur*, es necesario realizar una operación más compleja[32].



Cabe hacer notar, por otra parte que, en buena medida, esta errónea apreciación de la causalidad en el ámbito de autoría se forjó en el entorno de la responsabilidad civil médica (común denominador de los últimos grandes hitos revolucionarios), ya que bien supo ser el banco de pruebas de reconocidas doctrinas foráneas de dudosa adaptación en nuestro entorno jurídico (por ejemplo, pérdida de una chance de curación, causalidad vir-

[30] La definición de culpa tiene, entre otros, un "aspecto netamente causalístico". Carlo Maiorca, "Colpa civile", in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè editore, 1960, vol. 7 (Cir - Compa), p. 535; "que se acentúa cuando se la vacía de toda connotación subjetiva". Vittorino Pietrobon, *Illecito e fatto illecito*, Padova, Cedam, 1998, p. 75 e ss.; "Es por eso que, no es raro que la relación de causalidad adquiera relevancia jurídica solo si existe culpa". Vinicio Geri, *Responsabilità civile per danni da cose ed animali*, Milano, Giuffrè editore, 1963, p. 34 e ss.

[31] Tal es la posición de Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation: d'après le projet de Code Civil allemand*, Paris, Librairie F. Pichon successeur, 1890, Nº 305 p. 360.

[32] Marco Capecchi, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2005, p. 23.

Revista Fueyo 15.indd 149 3/12/10 10:55:20

tual, comportamiento anormal de las cosas inertes, obligaciones *in solidum*, etc.), o de fútiles teorías sobre la carga de la prueba (por ejemplo, cargas probatorias dinámicas).

Quizá haya tenido razón Maxime Mignon[33] y no se haya advertido que es imposible incorporar el ejercicio de la Medicina a la esfera del contrato, sin provocar disonancias y dificultades de adaptación irreductibles. El particularismo de la relación médico-paciente es tal que hace poco factible aplicarle la mayoría de los mecanismos contractuales ordinarios. De hecho, muchos de los remedios ideados para el régimen contractual, se vuelven inverosímiles en materia de responsabilidad médica (por ejemplo, facultad de exigir el equivalente pecuniario de la prestación, limitación consecuencial del daño, carácter simplemente mancomunado de la obligación resarcitoria, facultad de exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación sea ya, por el propio deudor o por un tercero a su costa, etcétera).

### 5. f) La identidad de tratamiento del análisis causal tanto para supuestos de responsabilidad subjetiva como de responsabilidad objetiva



También es poco habitual que a la hora de constatar el presupuesto causal no se distinga si se está frente a un caso de responsabilidad objetiva o ante uno de índole subjetiva. Sabido es que, pues, en la primera categoría, la noción de causa jurídicamente relevante pierde parte de su significado tradicional y cobra un especial relieve o, lo que es igual, adquiere una "configuración diferente". Dicho de otra forma, varía el "asiento" sobre el cual se edifica la indagación retrospectiva, ya que en un sistema objetivo de responsabilidad, la imputación del daño al agente se desvincula de todo ropaje de subjetividad y cabe atribuirlo al responsable, no porque se haya conducido en forma negligente, sino porque el resultado del hecho dañoso sobreviene a consecuencia de un evento ocurrido en el ámbito de aplicación de una norma especial.

En efecto, el nexo de causalidad es un elemento fundamental en la relación de responsabilidad, tanto en el campo de la responsabilidad objetiva como en el de la responsabilidad subjetiva. Lo que ocurre es que en este último caso, la relación de causa a efecto entre el comportamiento culpable del agente y el evento nocivo es más evidente, lógica y directa, mientras que en el segundo, esa relación se da entre la situación regulada por la ley especial (situación, actividad, etc.) y ese evento[34].

---

[33] Maxime Mignon, "Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens", in *Dalloz*, Nº II, Paris, 1950, p. 121.

[34] Emilio Valsecchi, "Responsabilità oggettiva aquiliana e caso fortuito", in *Rivista di Diritto Commerciale*, Nº I, Padova, 1947, p. 151 e ss.

### 5. g) La ficción de atribuir relevancia causal a las cosas inertes

No menos problemática es la cuestión del nexo causal en aquellos supuestos de daños en que intervienen cosas inertes. Algunos, en contraposición a las leyes de la naturaleza, atribuyen relevancia causal al hecho de la cosa; otros, hacen hincapié en la situación, condición o particular circunstancia prevista por la ley especial y, finalmente, están quienes abordan la cuestión en clave subjetiva, indagando si la causa del daño fue conducta desaprensiva, desidiosa u omisa de quien debía vigilar o custodiar la cosa. Es que en rigor, probar el comportamiento anormal de la cosa no es sino dar cuenta de la conducta desaprensiva, desidotra u omisa (*rectius culpable*) de quien debía vigilarla o custiodarla, puesto que lo que se analiza, en definitiva, es como la cosa llegó a esa posición o comportamiento anormal[35].

### 5. h) La teoría del "todo o nada" y la regla de la "indivisibilidad de la causa del daño"

Durante largo tiempo se exigió que el daño sea corolario ineluctable, directo y único de la conducta del sujeto endilgado responsable[36]. Si bien con el transcurso del tiempo el Derecho suavizó paulatinamente esta exigencia, aún perduran resabios de la misma como, por ejemplo, la formula optativa del "todo o nada".



Este vetusto modo de razonar se asienta sobre dos pilares fundamentales:

1) la regla de la "indivisibilidad de la causa del daño"[37] y
2) la exigencia de que el nexo causal sea demostrado en forma indubitable, es decir, con "certeza absoluta".

Como consecuencia de ello, en todos los casos en que no se logre probar fehacientemente "el cómo y el porqué" del perjuicio sufrido, esto es, mientras no surja con palmaria claridad la relación de causalidad entre la conducta del accionado y el daño reclamado por el pretensor, el reclamo indemnizatorio debe ser rechazado.

---

[35] Jorge Mayo, "Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes", en Alberto Bueres (dir.) - Elena Higthon (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tomo 3A, p. 631; Piaggio (n. 28).

[36] Así, en el Derecho primitivo se exigía que el daño fuera cometido *corpore corpori*, esto es, no sólo sobre el cuerpo de la víctima sino, también, por el cuerpo del agresor. Olivier Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005, p. 94 et ss.; David Deroussin, *Histoire du Droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 686, Jean-Louis Gazzaniga, *Introduction historique au Droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 220.

[37] Sobre el principio de indivisibilidad, véase Chabas (n. 25), pp. 4, 9 y ss. y Marc Mignot, *"Les obligations solidaires et les obligations in solidum", in Droit privé français*, Paris, Dalloz, 2002, p. 225 et ss.

Revista Fueyo 15.indd 151 3/12/10 10:55:20

Así las cosas, la exigencia de tener que probar en forma fehaciente el nexo causal, además de ser revisada y, en buena parte, suplantada por una orientación causal de corte "probabilística"[38], fue el caldo de cultivo para el nacimiento de dos categorías por lo demás controvertidas: las obligaciones *in solidum* y la pérdida de una chance de curación o supervivencia[39].

5. i) La escasez de trabajos monográficos o investigaciones jurídicas (de índole civil) al respecto

El análisis del nexo causal ha recibido escasísima atención en comparación al resto de los elementos de la responsabilidad, a decir verdad, son muy pocos los autores que se han ocupado del tema. Así, entre las contribuciones más destacadas (recientes o de antigua data), cuadra traer a colación las monografías de Paolo Forchielli[40], Francesco Realmonte[41], Pietro Trimarchi[42], Giovanna Visintini[43], Carlo Rossello[44], Marco Capecchi[45] y Roberto Pucella[46] (en Italia); Robert Guex[47] (en Suiza), Patrice Marteau[48], Joseph Favier[49], François Chabas[50], Cédric Beaudeux[51] y Cristophe Quezel-Ambrunaz[52] (en Francia); Jean-Luc Fagnart[53] (en Bélgica); Herbert Hart-Tony



[38] Una vez abandonado su perfil newtoniano, la causalidad se rediseñó en términos de probabilidad. Miguel-Federico de Lorenzo, *El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998,* Madrid, La Ley, 2000-C, p. 975).

[39] Lina Williatte-Pellitteri, *Contribution à l'élaboration d'un Droit civil des événements aléatoires dommageables*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2009, p. 198, Bénabent, Alain, *La chance et le Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 200.

[40] Paolo Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960.

[41] Realmonte (n. 18).

[42] Pietro Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, Giuffrè editore, 1967.

[43] Giovanna Visintini (a cura di), *I fatti illeciti*, Padova, Cedam, 1999, vol. 3: Causalità e danno.

[44] Carlo Rossello, *Il danno evitabile*, Padova, Cedam, 1990.

[45] Capecchi (n. 32).

[46] Roberto Pucella, *La causalità incerta* Torino, Giappichelli editore, 2007.

[47] Robert Guex, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, thèse, Lausanne, Université de Lausanne, Imprimerie Charles Pache, 1904.

[48] Patrice Marteau, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse, Aix-en-Provence, Aix, 1913.

[49] Joseph Favier, *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi délictuelle*, thèse, Paris, 1951.

[50] Chabas (n. 25).

[51] Cédric Beaudeux, *Causalité, fondement pour une theorie générale de la responsabilité civile*, thesè, Strasbourg, Université Robert Schuman de Strasbourg III, 2006.

[52] Christophe Quezel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en Droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2010.

[53] Jean-Luc Fagnart, *La causalité*, Belgium, Kluwer, 2009.

Revista Fueyo 15.indd 152 3/12/10 10:55:20

Honoré[54] (en Inglaterra), Ramón Domínguez Águila[55] y Fernando Araya Jasma[56] (en Chile) e Isidoro Goldenberg[57], Roberto Brebbia[58], Osvaldo Paludi[59] y Hugo Acciarri[60] (en Argentina).

Es de destacar, no obstante, y en lo que al Derecho Civil chileno compete, los sendos aportes de Arturo Alessandri Rodríguez (*De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno. Título 35 del Libro IV del Código Civil*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, pp. 238 a 251); Jorge Baraona ("La causa del daño en la jurisprudencia reciente", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, Nº 2, Santiago, mayo-agosto, 2003, pp. 345 a 379 y "La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: panorama de derecho comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, Nº 2, Santiago, 2004, pp. 211 a 223); Hernán Corral Talciani ("La relación de causalidad en el sistema de torts del Common Law", en María Dora Martinic-Galetovic (coord.), *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago, LexisNexis, 2004, pp. 141 a 162); Enrique Barros Bourie (*Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 373 a 444; Cristián Aedo Barrena (*Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Librotecnia, 2006, p. 271 a 308).

### 5. j) El tomar y aplicar, sin más, los criterios elaborados por los cultores del Derecho Penal



Bien señala Vincenzo Zeno-Zencocich que trasladar al ámbito civil el modelo causal defendido por la doctrina penal ha oscurecido la cuestión en vez de aclararla[61]. Debe observarse, ante todo, que la lógica que gobierna el ilícito penal es muy distinta a aquélla que preside a la responsabilidad civil. Una primera razón, de tipo estructural, radica en que la concepción moderna del Derecho de Daños construye su esquema en derredor del hecho dañoso, a diferencia del Derecho Penal, que lo hace en función de la

---

[54] Herbert Hart, Tony Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985.

[55] Ramón Domínguez Águila, *La causalité dans la responsabilité en Droit comparé francais et chilien*, thesè, Toulousse, Université de Toulousse, 1967.

[56] Fernando Araya Jasma, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Santiago, LexisNexis, 2003.

[57] Isidoro Goldenberg, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

[58] Roberto Brebbia, *La relación de causalidad en el derecho civil*, Rosario, Juris, 1975.

[59] Osvaldo Paludi, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio*, Buenos Aires, Astrea, 1976.

[60] Hugo Acciarri, *La relación de causalidad y las funciones del Derecho de daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

[61] Vincenzo Zeno-Zencovich, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 1989, p. 39 e ss.

conducta ilícita del delincuente[62]. La segunda razón, de orden normativo-funcional, reside en que la noción civilista de causalidad busca el nexo con el daño tanto en el *an* como en el *quantum respondeatur*[63], y no sólo en el *an debeatur,* de cara a la aplicación de la pena, como acontece en el Derecho Penal[64]. Por lo que el problema de la causalidad es mucho más vasto en el Derecho la responsabilidad civil que en el fuero penal.

Esto no quita que puedan "adoptarse" con provecho algunas de las nociones, tesis, razonamientos o conclusiones que, fruto de enjundiosos estudios, allegasen los investigadores del Derecho Criminal (Francesco Antolisei, Giuseppe Bettiol, Federico Stella, Salvatore Aleo, Günther Jakobs, Claus Roxin, etc.), siempre y cuando, claro está, se las "adapte" a las normas, estructura y función de la responsabilidad civil.

5. k) La causalidad: una noción flexible y multiforme

Para preservar su papel de requisito basal de la responsabilidad civil, la causalidad debió mutar bajo "múltiples formas", acordes a la esfera o *fattispecie* en la que interactúa (*v.gr.*: responsabilidad objetiva, subjetiva, contractual, delictual, por hecho propio, por hecho ajeno, por hecho de las cosas, etcétera).



5. l) La causalidad: una noción incierta.

No pocas veces sucede que, ante determinados sucesos, es muy difícil, cuando no imposible, establecer cuál o cuáles han sido las causas relevantes, a los efectos jurídicos, para producir el menoscabo. De ahí, pues, que la exigencia tradicional de un vínculo causal directo, ha quedado reducida sólo para simples acontecimientos[65], y no para casos complejos (que son, prácticamente, la gran mayoría), donde la aprehensión del elemento causal se ha, lisa y llanamente, "flexibilizado". Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse los siguientes supuestos:

---

[62] Guido Alpa, *Trattato di Diritto civile*, Milano, Giuffrè editore, 1999, tomo iv: La responsabilità civile, p. 318; Vincenzo Carbone, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, Jovene, 1969, p. 317, Salvi (n. 8), p. 169 e ss.

[63] "La polivalencia del término daño y el debate suscitado en torno a la causalidad jurídica son de por sí extraños a la problemática penalista". Cesare Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, Jovene, 1985, p. 48, "donde las consecuencias ulteriores al delito no revisten trascendencia; puesto que guardan con el evento una simple relación de mera accidentalidad", Forchielli (n. 40), p. 24.

[64] Giovanni Valcavi, "In torno al rapporto di causalità nel torto civile", in *Rivista di Diritto Civile*, Nº ii, Padova, 1995, p. 481 e ss.

[65] Catherine Thibierge, "Libres propos sur l'evolution du Droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)", dans *RTDciv.*, Nº 3, Paris, 1999, p. 561.

Revista Fueyo 15.indd 154 3/12/10 10:55:20

### 5.1. Casos de causalidad concurrente

Negar que tanto la propia víctima como un tercero o, incluso, el fortuito, pueden interferir a título de concausa con el hecho imputado al demandado en la producción del resultado dañoso y, por consiguiente, repartir la responsabilidad en proporción a la incidencia causal que la conducta de cada uno tuvo en el acaecimiento del evento lesivo, trajo entre otras consecuencias, las obligaciones *in solidum* y la pérdida de una chance de curación o supervivencia.

#### 5.1.1. Pérdida de una chance de curación o supervivencia

La pérdida de una chance de curación representa un problema de índole causal o es, más precisamente, un caso de causalidad concurrente[66] (donde tanto las predisposiciones del paciente[67] como la falta del médico, inciden en la producción del resultado final nocivo). Por ende, nada más sencillo que indemnizar al damnificado a título de chance, esto es, bajo una suerte de (incomprensible) perjuicio intermedio[68].

Ignorada la noción de daño "final" (muerte, lesiones o incapacidad), el obstáculo causal (en su concepción tradicional) lisa y llanamente se desvanece y es, en consecuencia, reemplazado por un nuevo nexo causal (aunque virtual) que ahora enlaza la conducta culpable del galeno con la pérdida de probabilidades de evitar un resultado nocivo.



En suma, se trata de un artificio instrumental a través del cual el juez (quizá abarrotado de expedientes), lejos de tener que indagar causalmente la cuestión, opta (aunque no siempre en beneficio de la víctima), por indemnizar parcialmente (léase a ojo), los detrimentos irrogados por la acción u omisión culposa del profesional que no sabe certeramente (¿y la probabilidad?) qué incidencia causal tuvo en el desenlace final nocivo.

Tal es así que los jueces, ha desnudado magistralmente René Savatier,

> "utilizan este procedimiento cuando no están seguros de la relación causal entre la muerte –o lesiones– y la culpa del médico (...). La

[66] Vincenzo Zeno-Zencovich, *La sorte del paziente*, Padova, Cedam, 1994, p. 100; Valèrie Tacchini-Laforest, "Reflexion à propos de la perte d' une chance", in *Petites Affiches*, Nº 20, Paris, 19 Julliet, 1999, p. 9 et ss.

[67] Con respecto a la influencia de las predisposiciones de la víctima sobre la pretensión resarcitoria, véase Jacqueline, Nguyen Thanh Nha, "L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation á reparation du défendeur á l'action en responsabilité", in *RTD civ.*, Nº 75, Paris, 1976, p. 1 et ss.; Dominique Thouvenin, *La responsabilité médicale*, Paris, Médecine-Sciences Flammarion, 1995, p. 42.

[68] Jean Penneau, *La responsabilité du medicin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1992, p. 34.

Revista Fueyo 15.indd 155 3/12/10 10:55:20

misión del juez es juzgar y no dosificar sus dudas (...). La teoría de la chance de supervivencia consagra el paraíso de los jueces indecisos"[69].

De ahí que, agrega Rafaella de Matteis,

"esta doctrina asume un significado tremendamente ambiguo, pudiendo ser utilizada tanto para condenar a resarcir a un médico que, a la postre, no causo el daño; como para absolverlo de aquel detrimento que sí ocasionó"[70].

Boris Starck lo resume de manera inobjetable:

"la pérdida de una chance es un instrumento de equidad que permite tener un gesto a favor de la víctima, toda vez que la incertidumbre sobre el nexo causal prohíbe una reparación integral"[71].

5.1.2. Obligaciones *in solidum*

Se trata de otra creación pretoriana de la doctrina judicial gala, que consiste en una fórmula de vinculación solidaria que no sólo refuerce la tutela del damnificado sino, también, que permita salvar la ausencia de norma expresa y, por ende, la consiguiente presunción de mancomunación que rige (a título de presunción), las obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos[72]. Tal es así, que esta peculiar y extravagante construcción nace con independencia de toda disposición legal[73] o, más precisamente, en palmaria contraposición a la ley[74].



No es un dato menor que este ingenioso subterfugio se haya gestado en el Derecho francés, cuyo *Code* adolece de una previsión legal que ubique a los actos ilícitos entre los supuestos de "solidaridad legal"[75] (como sí ocurre,

[69] René Savatier, "Une faute peut'elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l´avoir causé?", dans *Dalloz*, Nº 2, Paris, 1970, p. 126.

[70] Raffaella de Matteis, *La responsabilitá medica*, Padova, Cedam, 1996, p. 476 e ss.

[71] Starck, Roland, Boyer (n. 11), p. 64.

[72] Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Paris, Dykinson, 2001.

[73] Jean Vincent, "L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive", dans *RTDciv.*, Nº 4, Paris, 1939, p. 601 et ss.

[74] Auguste-Jean-Batiste Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, avec la collaboration de Louis Sourdat, 5ª éd. revue et augmentée, Paris, Marchal & Billard, 1902, volume 1, p. 68.

[75] En un contexto donde la causalidad parcial no tiene cabida ("indivisibilidad de la causa del daño"), y en el cual la relación causal debe ser probada en forma indubitable ("todo o nada"), esta figura no es más que un artificio tendiente a desvirtuar el principio

Revista Fueyo 15.indd 156 3/12/10 10:55:21

por ejemplo, en el Derecho chileno: arts. 2317 y concordantes del *Código Civil*, en el Derecho argentino: art. 1109 y concordantes o, en el Derecho uruguayo: art. 1331 y concordantes).

Por otra parte, no es un dato menor que en todos los ordenamientos jurídicos en los que se aplica (entre ellos, Chile, Argentina, Uruguay, etc.), la noción de obligación *in solidum* no es clara ni uniforme, especialmente en lo que respecta a su "autonomía" (¿tercer género?, ¿solidaridad judicial?, ¿categoría de solidaridad?); "naturaleza" (pena privada, garantía del acreedor, carga del deudor, etc.); "*nomen iuris*" (obligaciones concurrentes, conexas, indistintas, convergentes, etc.); "legalidad" (¿*contra legem*?) y "régimen aplicable" (ámbito, efectos, etcétera).

### 5.2. Casos de cursos causales no verificables

Muchas veces se produce un daño a múltiples personas que, anteriormente, han tenido la misma relación con un factor determinado, pero se desconoce exactamente cuál es el mecanismo y el proceso productor del menoscabo. Así por ejemplo, los resonantes casos del aceite de colza[76]; la talidomida[77]; el amianto[78]; el tabaco[79]; el PCB[80]; el *wrongful conception* (anticoncepción fallida que tiene como resultado el nacimiento de un bebe sano), *wrongful birth* y *wrongful life* (nacimiento de un niño con deformaciones o taras que



de mancomunación simple sentado por el art. 1202 y concordantes del *Código Napoleónico*. Maurizio de Acutis, "La solidarità nella responsabilità civile", in *Rivista di Diritto Civile*, vol. ii, Padova, 1975, p. 531.

[76] La mayor indemnización civil concedida en España por el envenenamiento masivo de personas con "aceite de colza desnaturalizado", fue concedida al margen de la relación de causalidad. Álvaro Luna Yerga, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid, Civitas, 2004, p. 354.

[77] La talidomina era un fármaco utilizado masivamente como sedante para embarazadas, entre los años 1858 y 1962, que producía efectos genotóxicos hasta por aquel entonces desconocidos, en virtud de los cuales nacieron miles de niños con toda clase de deformidades físicas. Al respecto, véase Federico Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto penale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè editore, 2000, p. 122 e ss.

[78] Se han registrado varios casos de asbestosis, cáncer y mesotelioma tanto de pleura como de peritoneo, en personas que, por lo general, han inhalado amianto o, si se prefiere, asbesto. Alessandro Marinaccio, "Esposizione ad amianto ed insorgenza di casi di mesotelioma maligno. Evidenze epidemiologiche e causalità", in Roberto Pucella, Giovanni de Santis, *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, Padova, Cedam, 2007, p. 113 e ss.

[79] Giulio Ponzanelli, "I problema della tutela risarcitoria da fumo attivo", in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Nº 4-5, Milano, Giuffrè editore, 2005, p. 964 e ss.

[80] También el uso de PCB en ámbitos laborales, en transformadores de energía eléctrica o, en residuos peligros, ha generado (amén del dictado de normas específicas que regulan su uso), importantes investigaciones que, a la postre de la difusión de múltiples casos con idéntico patrón, lo han calificado como un probable factor cancerígeno.

Revista Fueyo 15.indd 157 3/12/10 10:55:21

habrían podido ser detectadas durante el embarazo)[81] o de ciertos virus que al propagarse (por el aire, a través de vectores, mediante alimentos, materia fecal, contacto físico o sexual), provocan enfermedades (por ejemplo, hepatitis, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, infecciones hospitalarias, etcétera)[82].

5.3. Casos de cursos causales hipotéticos

En otras ocasiones, el hecho dañoso es efectivamente desencadenado por la conducta del agente, frente al cual se pretende establecer la obligación de indemnizar; pero se demuestra que el daño igualmente se hubiese producido sobre la base de un evento natural o en función de la conducta de un tercero, que daría lugar a su responsabilidad[83].

5.4. Casos de cursos causales omisivos

En sentido filosófico la causa sólo es relevante cuando estamos frente a una acción. La conducta inerte carece de toda eficacia causal, porque es un no hacer, un *quid vacui*. De allí entonces, una serie de casos tales como:

5.4.1. Omisión de informar adecuadamente al paciente



Un supuesto peculiar se plantea en aquellos casos donde el médico omite informar adecuadamente al paciente. Veamos las siguientes hipótesis:

1) el paciente, de haber recibido la información adecuada, habría optado por el tratamiento o intervención;
2) el paciente, de haber recibido la información adecuada, habría optado por la no operación o terapia, no obstante que a la postre se ejecute de manera diligente y, por último,
3) el paciente, no recibió la información adecuada y la intervención se ejecutó, aunque en forma negligente.

---

[81] Joaquín Ataz López, "Las wrongful actions en material de responsabilidad médica", en Antonio Orti Vallejo(dir.), María Carmen García Garnica (coord.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 341 y ss.

[82] Ampliar en Daniel Mainguy, "Le traitement juridique des infections nosocomiales", en Antoine Leca et François Vialla, *Le risque épidémique. Droit, histoire, médicine et pharmacie*, Aix-en-Provence Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 344 et ss.; Daphné Tapinos, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risques avéré, risqué suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Paris, Harmattan, 2008, p. 173 et ss.

[83] Francisco Infante Ruiz, *La responsabilidad por daños. Nexo de causalidad y causas hipotéticas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 17 y ss.; Trimarchi (n. 42), p. 165 e ss.; Martín García-Ripoll Montijano, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Comares, 2008, p. 68 y ss.

Revista Fueyo 15.indd 158 3/12/10 10:55:21

Sin embargo, es sólo en la segunda hipótesis, donde se han generado sendas discordancias respecto al presupuesto causal, proponiéndose un abanico de posibilidades solutivas, tales como, recurrir (so color de resarcir, claro está) a la teoría de la equivalencia de condiciones, cuando no al artilugio de la pérdida de una chance de curación o supervivencia o, más modernamente, a la doctrina de la imputación objetiva.

### 5.4.2. Omisión de mitigar las consecuencias nocivas del menoscabo

Otro tema que ha sabido concitar contrastes de opinión es el que compete al deber de minimizar el daño. Una primera tesitura sostiene que se trata de un problema causal que, por ende, cabe incardinar en el *an debeatur*. Otros, por el contrario, ubican la cuestión en la esfera del *quantum respondeatur* puesto que, de admitirse un deber de mitigar el daño impuesto a la víctima, éste sólo puede nacer una vez que el daño se ha causado.

### 5.4.3. Omisión de organizar y coordinar la prestación del servicio de salud

La Medicina actual, ejercida en grandes centros u organizaciones hospitalarias, determina que muchas veces resulte difícil, cuando no imposible, identificar con precisión al sujeto –o sujetos– concreto responsable de un acto sanitario que causó o contribuyó a causar el menoscabo.



De ahí que, ante la existencia de deficiencias no se requiera la individualización concreta del facultativo o facultativos causantes del daño para declarar la responsabilidad del ente asistencial, público o privado, prestador de la atención médica inadecuada. Va de suyo que si la estructura sanitaria tiene la obligación de organizar y coordinar los medios necesarios para prestar el servicio de salud, será responsable de los daños que su organización deficitaria acarree[84].

### 5.5. Casos de daños causados por un sujeto no identificado que forma parte de un grupo de personas

Puede suceder que la autoría de la conducta lesiva, y con ello la constatación del nexo causal, se diluyan entre la pluralidad de personas que integran un

[84] Una buena organización hospitalaria requiere poner a disposición del paciente personal calificado, en número suficiente y presente en los momentos necesarios, desempeñar una actividad coordinada en los diferentes servicios, utilizar productos seguros y sanos, mantener sus instalaciones en forma higiénica, etc. François Chabas, "La responsabilità delle strutture sanitarie per difetto di organizzazione. Studio di diritto privato francese", in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Nº 1, Milano, 2001, p. 13 et ss.; Raffaella de Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, Cedam, 2009, p. 56 e s.; Roberto Simone, "La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata", in *Danno e Responsabilità*, Nº 1, Milano, Ipsoa Editore, 2003, pp. 9, 12.

Revista Fueyo 15.indd 159 3/12/10 10:55:21

mismo grupo. Se trata del típico caso de daños causados por un sujeto no identificado que forma parte de un grupo de personas[85].

## § II. Teorías sobre la relación de causalidad

### *1. Teorías causales de inspiración filosófica. Críticas*

a) La equivalencia de condiciones. Remisión acápite § iv, punto 1 a)

b) La causa próxima

Esta teoría erige al título de causa sólo a la condición que está más próxima, inmediata o es anterior al resultado. Únicamente las condiciones más cercanas en tiempo y espacio son las determinantes del menoscabo.

Si bien no puede negarse que su aplicación permite no extender de manera desmesurada, en el tiempo y en el espacio, la influencia causal de los diversos factores, este criterio jurídico (basado en el tiempo) ha sido objeto de aquilatadas críticas, cuyo desarrollo excede con creces el marco de este breve ensayo. Sólo cabe agregar que su mayor debilidad está en que coloca todo el énfasis en el factor física o mecánicamente más cercano y omite demostrar lo único que realmente interesa: que ese antecedente más cercano es la causa del evento, lo que impide solucionar de forma debida los casos en que el evento se produce por varias causas (concausas): la causa última no tiene porqué ser necesariamente la causa dominante y eficiente[86].



### *2. Teorías causales de inspiración científica. Críticas*

a) La condición preponderante o causa eficiente

La teoría de la condición preponderante o de la causa eficiente, al igual que la de la causa próxima, son teorías individualizadoras, porque buscan, mediante la elección de una causa, superar los problemas que surgen de las dos anteriores. La condición preponderante es

---

[85] Al respecto, véase Ilhan Postacioglu, "Les faits simultanes et le probleme de la responsabilité collective", dans *RTDciv.*, Nº 3, Paris, 1954, p. 438 et ss.; Hassen Aberkane, "Du dommage causé par une personne indeterminée dans un groupe", dans *RTDciv.*, spècial Nº 29, Paris, 1958, p. 516 et ss.; Stathis Banakas, "Causalité juridique et imputation: réflexions sur quelques développements récents en Droit anglais", in *Revue Lamy Droit Civil*, Nº 40, Paris, 2007, p. 97 et ss.

[86] Carlos Calvo Costa, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, tomo 2: Derecho de daños, p. 260.

Revista Fueyo 15.indd 160 3/12/10 10:55:21

"aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y contrarios a la producción del daño, influyendo decisivamente en el resultado".

La causa eficiente, a diferencia de la equivalencia de condiciones, sostiene que no todas las causas son iguales, sino que algunas son más eficientes que otras para producir un resultado. Para saber cuándo una causa es más eficiente que otra se utilizaron dos criterios:

a) Uno cuantitativo, que sostiene que es más eficiente aquella que en mayor medida o con mayor fuerza ha contribuido al resultado.
b) Otro cualitativo, que afirma que lo decisivo es la mayor o menor eficacia interna en el proceso causal, según el curso normal de los sucesos.

La crítica que se formula a esta teoría, es que a veces es imposible separar, escindir, una causa de otra, o que es muy difícil determinar, cuál es la más eficiente, cuando concurren varias causas[87].

b) La causa adecuada

Según esta teoría, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, *conditio sine qua non* del daño, sino que es necesario, además, que, en virtud de un juicio (hipotético-retrospectivo) de probabilidad, basado en las máximas de la experiencia, resulte una causa adecuada para ello.



Sin perjuicio del gran predicamento adquirido, a punto tal que, en la actualidad, se la considera la posición dominante en la doctrina comparada, tanto en el campo penal como en el civil; la doctrina de la adecuación causal nunca logró alejar de sí la sospecha de mezclar indiscriminadamente causalidad y culpabilidad[88]. Veamos:

b)1. La identificación de la culpa objetiva con la causa adecuada

Sabido es que culpa y causa son, por lo menos en teoría, dos presupuestos distintos y autónomos de la responsabilidad civil. La culpa es, ante todo, factor de atribución, además de eximente, metro de cuantificación y fundamento de atracción causal. La relación de causalidad es, en cambio, un paso previo que busca imputar materialmente el daño a un sujeto.

---

[87] Edgardo López Herrera, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 202.

[88] Aníbal Piaggio, "Azar y certeza en el Derecho de Daños", en *El Derecho*, vol. 152, Buenos Aires,1993, pp. 152-797.

Revista Fueyo 15.indd 161 3/12/10 10:55:21

Por otra parte, a diferencia de otrora, la culpa ha sido despojada de todo componente sicológico, ético o moral, concibiéndosela en términos netamente objetivos; en cuanto a la causa, se ha receptado (casi sin paliativos) la teoría de la adecuación. Sin embargo, he aquí que cuando nos aprestamos a constatar la presencia de estos dos elementos esenciales de la responsabilidad, advertimos que los procedimientos de indagación que se utilizan al efecto, léase: la prognosis póstuma y el juicio de culpabilidad, se entremezclan a punto tal[89] de volver abstrusas las pretendidas distinciones (lógico-formales) que se suelen circunscribir en derredor de la ambivalente noción de previsibilidad.

En otras palabras, el juicio de culpabilidad (aprehendido en clave objetiva) se confunde con el juicio de causalidad (cuando se la escruta bajo los cánones de la adecuación) o, lo que es igual: culpa objetiva = causa adecudada[90].

b) 2. Efectos de la confusión

Las consecuencias de esta superfetación no son menores; así, pues, cuando la responsabilidad se imputa a título subjetivo, el examen sobre la culpabilidad del agente se vuelve una reiteración innecesaria del juicio causal.

La existencia de identidad entre los conceptos de culpa con el de causa, o superposición de ambos, es sumamente preocupante. Significa, ni más ni menos, efectuar una doble verbalización, realizar discursos tautológicos. La causa –definida desde la previsibilidad, condición adecuada, humana, etc.– repite, reitera, el mismo discurso que el de la culpa apreciada en abstracto[91].



Podría sostenerse entonces que, uno de los dos presupuestos sobra, molesta o entorpece y, que si debiésemos prescindir de uno, por razones de orden cronológico, correspondería cargar las tintas sobre la culpa (en tanto se indaga luego de la causa). Por lo que, todo supuesto de responsabilidad, inclusive aquellos que se asientan en un factor subjetivo de atribución, devendrían inexorablemente en objetiva.

En oposición, cuando la responsabilidad se imputa a título objetivo, la única forma de pertenecer fiel a esa nota esencial de objetividad, sería analizar la temática causal desde la teoría de la equivalencia de condiciones; en tanto y en cuanto, es la única que garantiza que la culpa –desalojada en sede del factor de atribución de responsabilidad– no se cuele, pertinaz por la claraboya de la relación de causalidad, vía teoría de la adecuación[92]. De

---

[89] *Confunden* o *sobreponen* en la dicción de Francesco Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 131. "Hay una surte de contaminación de carácter subjetivo del elemento objetivo". Capecchi (n. 32), p. 89.

[90] Mayo (n. 28), p. 232; Luigi Corsaro, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 159 e ss., Pietrobon (n. 30), p. 75.

[91] Carlos Echevesti, *La culpa*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 143.

[92] Piaggio (n. 28).

Revista Fueyo 15.indd 162 3/12/10 10:55:21

lo contrario, todo supuesto de responsabilidad, aun aquéllos donde se prescinde de la culpa como criterio legal de imputación, se vuelve subjetiva.

b) 3. Culpa objetiva

Como bien se ha señalado, poco o nada queda de la culpa como aquel comportamiento sicológico del que hablaban los juristas de fines del siglo XIX. Su contextura ontológica, lisa y llanamente se ha metamorfoseado. Por culpa, se entiende hoy la infracción no dolosa del modelo de conducta debida[93]. En otras palabras, culpa es la afirmación de que un comportamiento es contrario a un patrón ideal[94].

Cuando a la culpa se la califica de objetiva, se alude, o a su apreciación *in abstracto*, lo cual en cierta medida es poco factible, puesto que a pesar de lo que pudiera parecer, no hay una concepción pura o absolutamente objetiva de culpa o, a un sistema tornasolado -a la vez abstracto y concreto- que a la hora de confrontar el actuar real del sujeto con el debido –esto es, al conformar un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial y específico–, no toma en consideración sus especiales características físicas y sicológicas. He allí, a nuestro modo de ver, lo que se entiende hoy día por culpa objetiva.

En suma, que la teoría de la causalidad adecuada nunca logró alejar de sí, por completo, la sospecha de mezclar indiscretamente causalidad y culpabilidad, no es nada nuevo. Se ha intentado despejar las dudas, marcando que el fenómeno de la causalidad tiene con el de la culpabilidad un elemento común: la previsibilidad. La diferencia estaría en que, en el primer caso, la previsibilidad se computa en abstracto, mientras que en el segundo, se valora en concreto.



Sin embargo, como bien enseña Aníbal Piaggio, el intento tropieza con dificultades insalvables puesto que, a tenor del instrumental conceptual que se maneja, ni es tan abstracta la ponderación de la previsibilidad a los efectos de la relación de causalidad, ni tan concreta la apreciación de la culpa, con lo que el espacio que queda entre ambas órbitas se torna prácticamente imperceptible[95].

Así, pues, en mayor o menor medida, cuando acometemos la tarea de confrontar, vía hipotética, si tal o cual acción u omisión tiene entidad suficiente, conforme lo que acostumbra a suceder según el curso normal de las cosas, para erigirse en causa adecuada del resultado nocivo, cualquiera sea la posición en la que nos enrolemos (Johannes von Kries, August Thon,

---

[93] Pier-Giuseppe Monateri, *Trattato di diritto civile. Le fonti della obbligazioni*, Torino, Utet, 1998, vol. 3: La responsabilità civile, p. 75.

[94] Paolo Forchielli, *Responsabilità civile. Lezioni*, Padova, Cedam, 1968, p. 75.

[95] Piaggio (n. 28).

Revista Fueyo 15.indd 163 3/12/10 10:55:21

Ludwig Traeger o Robert Hippel), no obstante la sensación objetivista que dicho método de retrospección pueda producir, su descenso a las circunstancias que el sujeto conoció, pudo o debió conocer, resultan una inadmisible recurrencia a una preocupaciones subjetivistas familiares a la temática de la culpa[96].

Quizá los binomios [culpa objetiva - *conditio sine qua non*] o [culpa subjetiva - causa adecuada], resulten más coherentes (por compatibilidad) que, el hasta ahora empleado [culpa objetiva - causa adecuada].

## § III. Causalidad e imputación

### *1. La causa del daño. Nexo causal e imputación objetiva*

a) La equivalencia de condiciones. Excesos y defectos

Esta teoría, en cuanto procura mediante el heurístico método de eliminación mental[97] elevar al rango de causa todos los hechos antecedentes, sin los cuales no se habría producido el evento, no sólo extiende la responsabilidad de manera ilimitada[98], llegando a resultados absurdos e irrisorios sino que, también, muestra ciertas displicencias en los siguientes supuestos:



1. Casos de causas hipotéticas y causas concurrentes. Ambos grupos tienen en común la particularidad de que, eliminando mentalmente la condición en examen, se observa que el resultado se hubiera producido igualmente; en los casos de causalidad alternativa, por consecuencia de la ulterior actuación de la causa de reserva que no llegó a ser efectiva y, en los casos de causas concurrentes, en virtud de la causa simultánea que, por sí sola, bastaba para producir el daño.
2. Casos de cursos causales no verificables. Años atrás sucedió que muchos enfermos transfundidos resultaron ser, a la postre, portadores del virus VIH, ignorándose científicamente por aquel entonces, si la transfusión sanguínea era un medio idóneo de contagio.
3. Casos de daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. Aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones es imposible alcanzar conclusión alguna acerca de la relevancia sobre

[96] Piaggio (n. 28).

[97] La conducta es causa del evento sólo si, eliminada ella, el suceso no se habría verificado –*formula positiva*– y un comportamiento no es causa cuando sin él, el evento igualmente se habría consumado –*formula negativa*–. Stella (n. 77), p. 6.

[98] Antolisei (n. 89), p. 20 e ss.

Revista Fueyo 15.indd 164 3/12/10 10:55:21

la participación causal de cada uno de los integrantes de la colectividad.

4. Casos de daños por omisión. Va de suyo que la abstención del omitente no es causa (material), ni condición necesaria del daño.

b) La necesidad de recurrir a ulteriores "correctivos".
La distinción entre causalidad e imputación

Resulta imprescindible recurrir, entonces, a un "ulterior correctivo" que permita tanto adecuar como modular (ya sea por ampliación o reducción) los excesos de la *conditio sine qua non*. Por tanto, la distinción entre causalidad e imputación constituye el punto nodal de la investigación causal. En palabras de Fernando Pantaleón:

> "el Derecho no pude sino partir de un concepto de causalidad propio de la lógica y de las ciencias de la naturaleza (...). Los operadores jurídicos no son productores sino consumidores de las leyes causales (...). Por el contrario, el problema de la imputación es una cuestión claramente jurídica (...)".

Debemos preocuparnos, sostiene Adriano de Cupis,



> "de averiguar no ya cuando el daño pueda decirse producido por un hecho humano según las leyes de la naturaleza, sino más bien cuando ese daño pueda decirse jurídicamente producido por un hecho humano"[99].

En este orden, se torna imprescindible dividir el juicio de constatación causal en dos fases, secuencias o estadios:

1) PRIMERA FASE (*questio facti*): la fijación del nexo causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la *conditio sine qua non*.
2) SEGUNDA FASE (*questio iuris*): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado[100].

---

[99] Adriano de Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, Giuffrè editore, 1979, vol. 1, p. 217.

[100] Marco Capecchi, "Responsabilità civile e interruzione del nesso causale", in *Danno e Respesponsabilità*, Nº 5, Milano, 2006, p. 522.

Revista Fueyo 15.indd 165 3/12/10 10:55:21

El primer juicio constituye un límite mínimo, aunque no excluyente, del juicio de indagación causal; ya que en algunos casos, aún comprobado que la conducta del encartado fue una de las causas físicas del menoscabo, no cabe imputárselo jurídicamente o, viceversa, supuestos en que se imputa el daño al demandado, no obstante que su accionar no fue condición necesaria para su producción.

c) Imputación objetiva. Origen.
Criterios de imputación

Se dice que esta doctrina, cuyos orígenes se remontan a los estudios del civilista hegeliano Karl Larenz[101] y más tarde por el penalista Richard Honig[102], no es precisamente una teoría, en el sentido de que configure un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas. Más bien es el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la tipicidad de una conducta punible[103].

La imputación objetiva consiste precisamente en suministrar criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o ponderación entre las distintas causas o riesgos concurrentes a fin de poder atribuir objetivamente las consecuencias dañosas del hecho al posible responsable.



Por su parte, pese a que la doctrina lleva años discutiendo tópicos sobre imputación, se toman como base, aunque con algunas pequeñas discordancias, las propuestas trazadas por el penalista alemán Günther Jakobs[104]. Así, entre los distintos criterios de imputación (o mejor dicho, de "no imputación"), se destacan:

1) El criterio de adecuación o teoría de la causalidad adecuada,
2) el principio del incremento del riesgo,
3) la prohibición de regreso o posición de garante,
4) el ámbito de protección de la norma,

---

[101] Karl Larenz, *Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, Scienta Verlag, 1927, p. 60. Aunque el término 'imputación' en su versión moderna asoma por primera vez en Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, citado en Andrea-Rafaelle Castaldo, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Buenos Aires, Euros editores, 2008, p. 64; véase también: García-Ripoll Montijano (n. 83) capítulo primero, p. 1 y ss.

[102] Richard Honig, "Kausalität und objektive Zurechnung", in *Festsgabe für Reinhard v. Frank*, Tübingen, Scienta Verlag, 1930, volumen I, p. 174.

[103] Marcelo Sancinetti, "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 181-198.

[104] Günther Jakobs, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994, p. 90.

Revista Fueyo 15.indd 166 3/12/10 10:55:21

5) el principio de confianza y
6) el consentimiento de la víctima y la asunción del propio riesgo.

Finalmente, debe tenerse presente que los criterios de imputación no son dogmas absolutos, sino tópicos de impreciso halo, en cuanto condensan juicios de valor, muchas veces contradictorios y de difícil aprehensión[105]. A su vez, el hecho de que sean comunes a la responsabilidad penal y civil, no implica necesariamente que las consecuencias resultantes de la aplicación de los mismos hayan de ser idénticas en uno y otro ámbito[106].

## § IV. Causalidad probabilística

### *1. El ocaso de la certeza absoluta como criterio de apreciación valorativo del nexo causal*

a) El fin de un viejo, injusto y utópico dogma

Atrás ha quedado aquella vieja concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultores, el presupuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo.



No vamos a explayarnos aquí sobre los argumentos que esbozaban quienes defendían a ultranza esta tesis radical del "todo o nada"; dado que éstos han caído en desuso y, salvo contadas excepciones, asistimos a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad; a punto tal que hoy se habla, sin añadiduras, de causa probabilística[107].

Actualmente podemos afirmar, sin mayores recovecos, que existe consenso sobre que:

1. La ciencia contemporánea se funda sobre verdades hipotéticas no incontrovertibles.
2. Nadie puede decir con absoluta certeza lo que habría ocurrido si el accionado hubiera actuado de otra manera.
3. La causalidad no admite prueba matemática.

---

[105] Pantaleón Prieto (n. 29), p. 1.591.

[106] *Op. cit*, p. 1.577.

[107] Benito Frosini, *Le prove statistiche nel proceso civile e nel proceso penale*, Milano, Giuffrè editore, 2002, p. 1 e ss.

Revista Fueyo 15.indd 167 3/12/10 10:55:21

4. La teoría de la causalidad adecuada (estructurada bajo un sistema de regularidad estadística) no puede menos que contentarse con una fuerte o suficiente dosis de probabilidad.
5. La valoración de la prueba es libre y parte de un juicio de probabilidades y deducciones que no siempre llevan a la verdad plena.

b) La relectura de la causalidad en clave probabilística

Queda claro que la certeza absoluta, como criterio de apreciación valorativo de la causalidad, ciñó en aras de la probabilidad. La causalidad se rediseñó, entonces, en términos de probabilidad. Por tanto, el juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles; es decir, que presentan un grado de probabilidad predominante, suficiente, alta, cualificada, etcétera.

En el *Common Law* goza de gran predicamento la máxima *more probable than not*, en cuya virtud, basta contar con una probabilidad superior al 50% para concluir que la causa imputable al demandado es plausible de producir el resultado dañoso. La jurisprudencia italiana e inglesa sigue también, con frecuencia, esta orientación probabilística, aunque con distintos criterios en los casos donde no se supera el umbral de certeza necesario para el progreso total de la acción (por ejemplo, 50%, 75%, 90%, etc.); esto es, para un sector, en todos aquellos supuestos en que el umbral de certeza es inferior al estipulado (por ejemplo, 49%, 74%, 89%, etc.), corresponde rechazar el reclamo indemnizatorio; mientras que para otros, corresponde acoger parcialmente la pretensión y resarcir el daño, en proporción a la incidencia causal que la conducta, situación o estado del encartado tuvo en la producción del evento, tomando como límite porcentual un piso del 5% o 10%.



c) El juicio de probabilidad: ¿se debe determinar en función de la previsión del sujeto?

Probabilidad significa verosimilitud, apariencia de verdad o cualidad de probable, esto es, que puede suceder. Previsibilidad es, por el contrario, cualidad de previsible[108], es decir, todo aquello que puede ser previsto. Por otra parte, prever significa ver con anticipación, conocer o conjeturar por indicios o señales lo que ha de suceder, o disponer, preparar o ambos medios para futuras contingencias. A su vez, la previsibilidad requiere de una valoración *ex ante* a diferencia de la probabilidad que se determina *ex post*.

[108] Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8º éd., Paris, Presses Universitaire de France, 2007, p. 717.

Revista Fueyo 15.indd 168 3/12/10 10:55:21

Sostener que la causa adecuada es aquélla que aparece como probable, regular o previsible es, sin duda, determinar la probabilidad en función a la previsión del sujeto[109]. Bajo esta concepción negativa a extirpar la noción de previsión del sujeto como pauta de confronte necesaria del juicio de probabilidad, se enrolan distintas vertientes que van desde un juicio de adecuación netamente subjetivo, donde se analiza la capacidad de previsión del agente (Johannes von Kries), a un juicio de probabilidad sustentado en todo lo que era cognoscible para la generalidad de las personas (August Thon), o para un hombre destacadamente capaz e inteligente (Ludwig Traeger - Robert von Hippel).

Desde otra percepción, llamémosle favorable a no tener en consideración la previsión del agente, se ha sostenido una posición "ultraobjetiva" (Max von Rümelin), conforme a la cual en el juicio de probabilidad sólo deben tomarse en cuenta las circunstancias existentes al momento de la acción, fuesen ya conocidas en ese instante o solamente después. Sin embargo, su manifiesta semejanza con la teoría de la equivalencia de condiciones le han hecho plausible de sus mismos excesos.

Esta modalidad de comprobación del nexo causal sustentada en la previsibilidad del sujeto fue importada del ámbito del Derecho Penal, cuyo eje gira en derredor de la conducta del imputado, a diferencia del Derecho de la Responsabilidad Civil, cuyo punto cardinal se centra en el hecho dañoso. De ahí entonces, los vicios lógicos de este procedimiento en supuestos de responsabilidad objetiva, casos de incumplimiento contractual culposo, etcétera.



d) El juicio de probabilidad: ¿respecta a la valoración de la conducta o a la individualización de la causa?

Sostiene Renato Miccio:

> "en rigor, cualquier cálculo sobre la previsibilidad o probabilidad del evento (...) viene en consideración a la valoración de la conducta y no a la búsqueda de la individualización de la causa, en cuanto estas expresiones no son otra cosa que componentes del área de reprochabilidad de la conducta, que a los efectos de la imputación del hecho va medida en base a la mayor o menor previsibilidad o excepcionalidad del evento dañoso (...). La búsqueda de la causa individual determinante no es ni probable ni improbable, sino individualizada o no individualizada"[110].

---

[109] Ampliar en Alessandro Gnani, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 199 e ss.

[110] Renato Miccio, *I Diritti di crédito*, Torino, UTET, 1973, vol. 2: Le fonti. Parte i, pp. 96, 103.

Revista Fueyo 15.indd 169 3/12/10 10:55:21

La observación de Renato Miccio es cierta, aunque no por ello deja de ser parcial. Como ya dijimos, en la responsabilidad objetiva el nexo de causalidad adquiere una "configuración diferente", en tanto se traba entre la *situación*, *hecho* o *actividad* prevista por ley especial y el evento de daño, por ende, la valoración de la conducta del, a la postre, sindicado responsable, es total y absolutamente irrelevante.

Por tanto, puede concluirse que la noción de previsibilidad es conceptualmente ajena al juicio de probabilidad que postula la teoría de la adecuación y que se construye con los criterios de normalidad, habitualidad y regularidad. Sin embargo, cuando la responsabilidad se imputa a título subjetivo y el enlace causal se traba, por añadidura, entre la culpa y el evento, la valoración de la conducta del sujeto se cuela perspicazmente, en tanto y en cuanto la previsibilidad integra la culpa, y la culpa, es el asiento (plafón o peldaño) sobre el cual se construye el nexo causal[111].

e) El papel de la prueba estadística
en el juicio causal

Cierto es que, en múltiples ocasiones, la prueba estadística es de gran utilidad para el intérprete, siempre y cuando, claro está, la utilice con la cautela y previsión necesaria, para no transformar vagas informaciones en leyes estadísticas o, viceversa, para no utilizar como claves referenciales informaciones altamente inciertas[112].



Por decirlo de otro modo, el método estadístico no utilizado con elevada competencia puede conducir a falacias, no siempre perceptibles con facilidad. La evidencia estadística por sí misma, despojada del caso en concreto, no puede constituir el plafón de una decisión, ni aun en un proceso civil; requiere necesariamente de la presencia de pruebas vinculadas con el suceso específico.

De allí que, entonces, sea necesario distinguir entre dos nociones de probabilidad; por un lado, la probabilidad estadística, basada en una verificación empírica y porcentual de una sucesión determinada de eventos; por el otro lado, la probabilidad lógica, consiste en el grado de verosimilitud o credibilidad que puede ser atribuido a la hipótesis formulada al caso en concreto[113]. Por consiguiente, la probabilidad estadística es un elemento instrumental, un componente más al que el juzgador podrá echar mano para poder arribar a un juicio de probabilidad lógica o credibilidad racional.

---

[111] Al respecto, véase Gamarra - Gamarra (n. 87), p. 53 y ss.

[112] Michele Taruffo, "La prova dei fatti giuridici. Nozioni generale, Nozioni generali", in Antonio Cicu, Francesco Messineo (Diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, continuato da Luigi Mengoni, Milano**,** Giuffre editorè, 1992, vol. III, tomo 2, sezione 1, p. 198.

[113] Massimo Donini, "La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nº 1, Milano, 1999, p. 49.

Revista Fueyo 15.indd 170 3/12/10 10:55:21

## § V. Conclusiones

Es común opinión en los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica que la "relación de causalidad" entre la conducta (comportamiento, situación o estado) del demandado y el evento dañoso, es un elemento o requisito imprescindible del Derecho de la Responsabilidad Civil y, por consiguiente, una condición esencial para que nazca la obligación de resarcir. Será, quizá, porque el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha contribuido de alguna manera a su realización.

A su vez, una pléyade de circunstancias (véase acápite § I *in extenso*) hacen que el nexo causal se erija, tanto desde el punto de vista teórico como del práctico, en el presupuesto más problemático de la responsabilidad civil.

Sin embargo, la distinción entre "causalidad" e "imputación objetiva" resurgida en los últimos años, de gran predicamento en el Derecho Penal, viene aportando un halo de aire fresco a nuestra materia que no podemos soslayar. Es que el Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de las Ciencias Naturales. No hay un concepto jurídico de causalidad, sencillamente no existe.



Así, una vez disociada la causalidad de la imputación, la indagación tiene dos fases; en la primera, la fijación del nexo causal tiene carácter indefectiblemente fáctico; libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la equivalencia de condiciones. Esta primera etapa constituye un límite mínimo, aunque no excluyente, del juicio de perquisición causal; pues en algunos casos, aun comprobado que la conducta del encartado fue una de las causas físicas del menoscabo, no cabe imputárselo jurídicamente o, viceversa, supuestos en que se imputa el daño al demandado, a pesar de que su accionar no fue condición necesaria para su producción.

En la segunda etapa, resulta imprescindible recurrir a un ulterior correctivo que permita tanto adecuar como modular (ya sea por ampliación o reducción) los excesos de la *conditio sine qua non.* De ahí entonces, que la distinción entre causalidad e imputación se haya erigido en el punto nodal de la indagación retrospectiva; en tanto debemos preocuparnos de averiguar no ya cuando el daño pueda decirse producido por un hecho humano según las leyes de la naturaleza, sino, más bien, cuando ese daño pueda decirse jurídicamente producido por un hecho humano.

Pero además, se asiste hoy a una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad. Se observa una clara relectura de la causalidad en clave probabilística.

Revista Fueyo 15.indd 171 3/12/10 10:55:21

Con todo, la causalidad, la imputación y la culpabilidad aún conservan confines borrosos. Será que asiste razón a José López Jacoiste cuando dice (en grafica alusión a cómo opera cada uno de los presupuestos) que:

> "la causa embebe a la culpa, la culpa luce como acción, la acción expresa, mide y, en ocasiones, viene a ser el propio daño, el daño evoca, denuncia y presume culpa, la causa se intuye y desprende del propio daño, y el daño acaba postulando resarcimientos mediante cada vez más sutiles y lábiles enlaces con otros presupuestos cuya exigencia tornase de día en día muchos menos real, mucho más virtual"[114].

En otras palabras,

> "la secuencia [evento dañoso - responsabilidad - obligación de resarcir] se presenta como una verdadera aporía; puesto que el juicio de responsabilidad es, al mismo tiempo, condición de la relevancia jurídica del evento dañoso y presupuesto para su conexión con un determinado sujeto responsable, o sea que podemos decir que un sujeto ha causado un daño solo después de haber decidido que es responsable"[115].



## Bibliografía

Aberkane, Hassen, "Du dommage cause par une personne indeterminée dan un groupe", dans *RTDciv.*, spècial, Nº 29, Paris, 1958.

Acciarri, Hugo, *La relación de causalidad y las funciones del Derecho de daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

Acutis, Maurizio de, "La solidarità nella responsabilità civile", in *Rivista di Diritto Civile*, vol. ii, Padova, 1975.

Alpa, Guido, *Trattato di Diritto civile*, Milano, Giuffrè editore, 1999, tomo iv: La responsabilità civile,

Antolisei, Francesco, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1960.

---

[114] José López Jacoiste, "Cien años de horizonte extracontractual", en *Centenario del Código Civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, tomo ii, p. 1.162.

[115] Vicente Montés Panadés, "Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas", en Antonio Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo, Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, tomo ii, p. 2.592.

Revista Fueyo 15.indd 172 3/12/10 10:55:21

Araya Jasma, Fernando, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Santiago, LexisNexis, 2003.

Ataz López, Joaquín, "Las wrongful actions en material de responsabilidad médica", en Antonio Orti Vallejo (dir.) María Carmen García Garnica (coord.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.

Banakas, Stathis, "Causalité juridique et imputation: réflexions sur quelques développements récents en Droit anglais", in *Revue Lamy Droit Civil*, Nº 40, Paris, 2007.

Baudouin, Jean-Louis, Deslauriers, Patrice, *La responsabilité civile*, Québec, Éditions Yvos Blais, 2007, vol. 1: Principes généraux.

Beaudeux, Cédric, *Causalité, fondement pour une theorie générale de la responsabilité civile*, thesè, Strasbourg, Université Robert Schuman de Strasbourg iii, 2006.

Belvedere, Andrea, "Causalità giuridica?", in *Rivista di Diritto Civile*, vol. i, Padova, 2006.

Bénabent, Alain, *La chance et le Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

Brebbia, Roberto, *La relación de causalidad en el derecho civil*, Rosario, Juris, 1975.

Brun, André, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2005.

Calvo Costa, Carlos, *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, tomo 2: Derecho de daños.

Cancelier, Guillaume, "De l'explication causale en Droit de la responsabilité civile délictuelle", in *RTDciv.*, Nº 1, Paris, 2010.

Capecchi, Marco, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2005.

Capecchi, Marco, "Responsabilità civile e interruzione del nesso causale", in *Danno e Responsabilità*, Nº 5, Milano, 2006.

Carbone, Vincenzo, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, Jovene, 1969.

Carbonnier, Jean, *Droit civil*, 15ª éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1991, volume 4: Les obligations.

Castaldo, Andrea-Rafaelle, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Buenos Aires, Euros editores, 2008.

Conte, Philippe, Patrick Maistre du Chambon, *La responsabilité civile délictuelle*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8º éd., Paris, Presses Universitaire de France, 2007.

Corsaro, Luigi, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

Cupis, Adriano de, "Il problema giuridico del '*quantum respondeatur*'", in *Rivista di Diritto Civile*, vol. i, Padova, 1967.



Revista Fueyo 15.indd 173 3/12/10 10:55:22

Cupis, Adriano de, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, Giuffrè editore, 1979, vol. 1.

Chabas, François, *L'influence de la pluralité de causes sur le Droit a réparation*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

Chabas, François, "La responsabilità delle strutture sanitarie per difetto di organizzazione. Studio di diritto privato francese", in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Nº 1, Milano, 2001.

Deroussin, David, *Histoire du Droit des obligations*, Paris, Economica, 2007.

Descamps, Olivier, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

Domínguez Águila, Ramón, *La causalité dans la responsabilité en Droit comparé francais et chilien*, thesè, Toulousse, Université de Toulouse, 1967.

Donini, Massimo, "La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nº 1, Milano, 1999.

Durry, Georges, "Commentaires sur l'échec de la division civile (2e) de la cour d'appel. 2º, 12/12/1968", in *RTDciv.*, Nº 1, Paris, 1969.

Echevesti, Carlos, *La culpa*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.

Esmein, Paul, "Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité", *Dalloz*, Chronique, Paris, 1964.



Fagnart, Jean-Luc, *La causalité*, Belgium, Kluwer, 2009.

Favier, Joseph, *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi délictuelle*, thèse, Paris, 1951.

Fischer, Jérôme, "Causalité, imputation, imputabilité: Les liens de la responsabilité civile", in oeuvrage collectif, *Libre Droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, París, Dalloz, 2008.

Forchielli, Paolo, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960.

Forchielli, Paolo, *Responsabilità civile. Lezioni*, Padova, Cedam, 1968.

Frosini, Benito, *Le prove statistiche nel proceso civile e nel proceso penale*, Milano, Giuffrè editore, 2002.

García-Ripoll Montijano, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Comares, 2008.

Gazzaniga, Jean-Louis, *Introduction historique au Droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

Geri, Vinicio, *Responsabilità civile per danni da cose ed animali*, Milano, Giuffrè editore, 1963.

Gnani, Alessandro, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, Giappichelli, 2008.

Goldenberg, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

Revista Fueyo 15.indd 174 3/12/10 10:55:22

Gorla, Gino, "Sulla cosiddetta causalità giuridica: 'fatto dannoso e conseguenza'", in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. 1, Milano, Giuffrè editore, 1951

Grare, Clothilde, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Paris, Dalloz, 2005.

Guex, Robert, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, thèse, Lausanne, Universite de Lausanne, Imprimerie Charles Pache, 1904.

Hart, Herbert, Tony Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985 (la 1ª edición data del año 1959).

Honig, Richard, "Kausalität und objektive Zurechnung", in *Festsgabe für Reinhard v. Frank*, Tübingen, Scienta Verlag, 1930, volumen i, p. 174.

Infante Ruiz, Francisco, *La responsabilidad por daños. Nexo de causalidad y causas hipotéticas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1994.

Kelsen, Hans, *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, Depalma, 1945.

Larenz, Karl, *Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, Scienta Verlag, 1927.

Lapoyade-Deschamps, Christian, "La reparation du préjudice économique pur en Droit français", dans *Revue Internationale de Droit comparé*, Nº 2, Paris, 1998.

Leduc, Fabrice, "Causalité civile et imputation, en Les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité civile", dans Actes du Colloque des 15 et 16 décembre 2006, Faculté de Droit et de Science Politique de Rennes, supplement spécial, *Revue Lamy Droit Civil*, Nº 7, Paris, 2007.

López Herrera, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

López Jacoiste. José, "Cien años de horizonte extracontractual", en *Centenario del Código Civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, tomo ii.

Lorenzo, Miguel-Federico de, *El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Código Civil de 1998,* Buenos Aires, La Ley, 2000-C.

Luna Yerga, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid, Civitas, 2004.

Llambías, Jorge, "El Derecho no es una física de las acciones humanas", en *La Ley*, tomo 107, Buenos Aires, 2009.

Maiorca, Carlo, "Colpa civile", in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè editore, 1960, vol. 7.

Marinaccio, Alessandro, "Esposizione ad amianto ed insorgenza di casi di mesotelioma maligno. Evidenze epidemiologiche e causalità", in Roberto Pucella, Giovanni de Santis, *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, Padova, Cedam, 2007.



Revista Fueyo 15.indd 175 3/12/10 10:55:22

MARTEAU, Patrice, *La notion de causalité dans la responsabilité civile*, thèse, Aix-en-Provence, Aix, 1913.

MATTEIS, Raffaella de, *La responsabilitá medica*, Padova, Cedam, 1996.

MATTEIS, Raffaella de, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, Cedam, 2009.

MAINGUY, Daniel, "Le traitement juridique des infections nosocomiales", en Antoine LECA et François VIALLA, *Le risque épidémique. Droit, histoire, médicine et pharmacie*, Aix-en-Provence Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

MAYO, Jorge, "Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes", en Alberto BUERES (dir.) - Elena HIGTHON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tomo 3A.

MAYO, Jorge, *Estudios de Derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

MAZEAUD, Denis, "Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de 'l'idéologie de la réparation')", dans *Études offertes à Pierre Catala. Le Droit privé français à la fin du XX siècle*, Paris, Litec, 2001, volume I: Partie générale.

MICCIO, Renato, *I Diritti di crédito*, Torino, UTET, 1973, vol. 2: Le fonti. Parte I.

MIGNON, Maxime, "Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens", in *Dalloz*, Nº I, Paris, 1950.

MIGNOT, Marc, *"Les obligations solidaires et les obligations in solidum" en Droit privé français*, Paris, Dalloz, 2002.

MISLAWSKI, ROGER, *La causalité dans la responsabilité civile. Recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique*, thesè pour le doctorat de la Université de Cergy-Pontoise, Paris, 2006.

MONATERI, Pier-Giuseppe, *Trattato di diritto civile. Le fonti della obbligazioni*, Torino, Utet, 1998, vol. 3: La responsabilità civile.

MONTÉS PANADÉS, Vicente, "Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez Picazo, Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, tomo II.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004.

NADEAU, Alain, "Notes sur le lien de causalité et sa preuve dans les actions en responsabilité civile", dans UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *Études juridiques en hommage à Monsieur le juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1963.

NGUYEN THANH NHA, Jacqueline, "L'influence des prédispositions de la victime sur l'obligation á reparation du défendeur á l'action en responsabilité", in *RTD civ.*, Nº 75, Paris, 1976.

PALUDI, Osvaldo, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio*, Buenos Aires, Astrea, 1976.



Revista Fueyo 15.indd 176 3/12/10 10:55:22

Pantaleón Prieto, Fernando, "Causalidad e imputación: criterios de imputación", en *Centenario del Código Civil*, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Arces, 1990, tomo II.

Penneau, Jean, *La responsabilité du medicin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1992.

Piaggio, Aníbal, "Azar y certeza en el Derecho de Daños", en *El Derecho*, vol. 152, Buenos Aires, 2005.

Piaggio, Aníbal, "Presencias de la culpa", en *La Ley*, tomo F, Buenos Aires, 2005.

Pietrobon, Vittorino, *Illecito e fatto illecito*, Padova, Cedam, 1998.

Ponzanelli, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1996.

Ponzanelli, Giulio, "I problema della tutela risarcitoria da fumo attivo", in *Responsabilità Civile e Providenza*, Nº 4-5, Milano, Giuffrè editore, 2005.

Postacioglu, IIhan, "Les faits simultanes et le probleme de la responsabilité collective", dans *RTDciv.*, Nº 3, Paris, 1954.

Pucella, Roberto, *La causalità incerta* Torino, Giappichelli editore, 2007.

Pufendorf, Samuel, *De jure naturae et gentium libri octo*, citado en Andrea-Rafaelle Castaldo, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Buenos Aires, Euros editores, 2008.

Quezel-Ambrunaz, Christophe, *Essai sur la causalité en Droit de la responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J., 2010.

Realmonte, Francesco, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè editore, 1967.

Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3ª éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1935.

Rossello, Carlo, *Il danno evitabile*, Padova, Cedam, 1990.

Sabard, Olivia, *La cause étrangère dans les Droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007.

Saleilles, Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation: d'après le projet de Code Civil allemand*, Paris, Librairie F. Pichon successeur, 1890.

Salvi, Cesare, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, Jovene, 1985.

Salvi, Cesare, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè editore, 1998.

Sancinetti, Marcelo, "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva", en AA.VV., *Teorías actuales en el Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Savatier, René, "Une faute peut'elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l´avoir causé?", dans *Dalloz*, Nº 2, Paris, 1970.

Simone, Roberto, "La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata", in *Danno e Responsabilità*, Nº 1, Milano, Ipsoa Editore, 2003.

Sourdat, Auguste-Jean-Batiste, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, avec la collaboration de Louis Sourdat, 5ª éd. revue et augmentée, Paris, Marchal & Billard, 1902, volume 1.



Revista Fueyo 15.indd 177 3/12/10 10:55:22

STARCK, Boris, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Obligations*, 5ª éd., Paris, Litec, 1996, tome 1: Responsabilité délictuelle.

STELLA, Federico, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto penale*, 2ª ed., Milano, Giuffrè editore, 2000.

TACCHINI-LAFOREST, Valèrie, "Reflexion à propos de la perte d' une chance", in *Petites Affiches*, Nº 20, Paris, 19 Julliet, 1999.

TAPINOS, Daphné, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risques avéré, risqué suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, Paris, Harmattan, 2008.

TARUFFO, Michele, "La prova dei fatti giuridici. Nozioni generale, Nozioni generali", in Antonio CICU, Francesco MESSINEO (Diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, continuato da Luigi Mengoni, Milano**,** Giuffre editorè, 1992, vol. III, tomo 2, sezione 1.

THIBIERGE, Catherine, "Libres propos sur l'evolution du Droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)", dans *RTDciv.*, Nº 3, Paris, 1999.

THOUVENIN, Dominique, *La responsabilité médicale*, Paris, Médecine-Sciences Flammarion, 1995.

TOBÍAS, José, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil médica", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, s/vol., Buenos Aires, 2003.

TRIMARCHI, Pietro, *Causalità e danno*, Milano, Giuffrè editore, 1967.



VALCAVI, Giovanni, "In torno al rapporto di causalità nel torto civile", in *Rivista di Diritto Civile*, Nº II, Padova, 1995.

VALCAVI, Giovanni, "Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito", in *Rivista di Diritto Civile*, Nº 2, Pavoda, 2001.

VALSECCHI, Emilio, "Responsabilità oggettiva aquiliana e caso fortuito", in *Rivista di Diritto Commerciale*, Nº I, Padova, 1947.

VINCENT, Jean, "L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive", dans *RTDciv.*, Nº 4, Paris, 1939.

VISINTINI, Giovanna (a cura di), *I fatti illeciti*, Padova, Cedam, 1999, vol. 3: Causalità e danno.

WILLIATTE-PELLITTERI, Lina, *Contribution à l'élaboration d'un Droit civil des événements aléatoires dommageables*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2009.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Paris, Dykinson, 2001.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *La responsabilità civile da reato. Lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 1989.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *La sorte del paziente*, Padova, Cedam, 1994.

Revista Fueyo 15.indd 178 3/12/10 10:55:22

**UNIDAD II: CAUSALIDAD**

**2) CAUSALIDAD Y RESPONSABILIDAD. Pablo Salvador Coderch y otros.**

InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

# Causalidad y responsabilidad

(Tercera edición)

Pablo Salvador Coderch
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Antonio Fernández Crende
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

329

BARCELONA, ENERO 2006

## *Abstract*[*]

*El trabajo se articula a partir de una distinción clásica en materia de responsabilidad por daños: la que media entre la doctrina de la causalidad de hecho* (cause in fact), *entendida como* conditio sine qua non, *por un lado, y los criterios normativos de imputación objetiva* (proximate causation) *y subjetiva (culpa y dolo), por el otro, que delimitan en cada grupo de casos el círculo de responsables* (scope of liability). *En particular se hace hincapié en los criterios más generalizados por la doctrina de la imputación objetiva y se pone de manifiesto cómo algunos de ellos se solapan con la negligencia. Todo ello se ilustra con los casos más notables de la jurisprudencia sobre derecho de daños de las distintas salas del Tribunal Supremo español.*


## *Sumario*


*1. No tomarás la causalidad en vano*

*2. Causalidad de hecho* **(cause in fact)**

- *2.1. Causalidad y omisión*
- *2.2. Causalidad múltiple*
- *2.3. Causalidad indeterminada*

**3.** *Criterios de imputación objetiva* **(Objektive Zurechnung, proximate causation)**

- *3.1. Causalidad adecuada o adecuación* **(Adäquanztheorie, foresight test)**
- *3.2. Riesgo permitido o riesgos generales de la vida* **(Erlaubte Risiken, general life risks)**
- *3.3. Prohibición de regreso y posición de garante* **(Regressverbot und Garantenstellung, remoteness)**
- *3.4. Principio de confianza (Vertrauensgrundsatz, bilateral care)*
- *3.5. Ámbito de protección de la norma* **(Schutzbereich der Norm, breach of statutory duties)**
- *3.6. Provocación (Herausforderung, provocation)*
- *3.7. Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo* **(Einverständigung, Tatbestandausschließenden Einwilligung und Handeln auf eigene Gefähr, victim's consent and assumption of risk)**

*4. Causalidad y criterios de imputación subjetiva*

- *4.1. Causalidad en el análisis económico del derecho*
- *4.2. Responsabilidad por negligencia* **(negligence liability rule)** *y responsabilidad objetiva* **(strict liability rule)**

*5. Círculo de responsables* **(scope of liability)**

*6. Bibliografía*

*7. Tabla de sentencias*



[*] Este trabajo ha sido elaborado en el marco de los proyectos de investigación SEJ 2004-05059, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, y SGR 2005-00215, financiado por la Generalitat de Catalunya.

## *1. No tomarás la causalidad en vano*

La causalidad es una peste, escribió John FLEMING ("*Causation has plagued courts and scholars more than any other topic in the law of torts*", (1998), p. 218. Parecidamente, PROSSER/ KEATON (1984), p. 263). La crítica es justa y terrible: gran parte de la doctrina tiende a considerar la causalidad como el criterio de imputación de daños más importante, si no el único. A pesar de ello, la causalidad, entendida como causalidad de hecho (*cause in fact),* es sólo uno de los muchos criterios que usan las leyes para imputar responsabilidad por daños a alguien.

Todos los sistemas jurídicos incluyen disposiciones que establecen un deber de compensar o remediar un daño. Sin embargo, muy pocas recurren a la causalidad como criterio único de imputación. En ocasiones, requieren más y, en otras, ni siquiera la exigen.

La regla general, aunque no universal, de responsabilidad civil es que para imputar un daño a una persona, es preciso que ésta lo haya causado. Sin embargo, la doctrina jurídica ha modulado esta causalidad de hecho con criterios de imputación objetiva que permiten ampliar o restringir el abanico de causas adecuadas (*proximate causation*), aunque pocas leyes los hayan hecho suyos y la jurisprudencia los haya utilizado ocasionalmente. Mas la causalidad, que es condición necesaria, no es condición suficiente. Más allá, los criterios de imputación subjetiva delimitan ulteriormente su radio de acción.

> El propio artículo 1902 CC exige, además de causalidad, la concurrencia de culpa o negligencia: *"[e]l que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*". Es decir: ***no siempre que se ha causado un daño –o se ha contribuido a causarlo- se responde.***

Adicionalmente, muchas normas establecen normas de responsabilidad por hecho ajeno (*vicarious liability)* que trasladan la obligación de compensar a la víctima del causante inmediato del daño a una tercera persona.

> La responsabilidad por hecho ajeno se establece, desde hace más de cien años, en el art. 1903 CC. En este precepto se definen algunos de los roles sociales básicos que sirven para imponer la obligación de indemnizar a quien ejerza uno de estos roles por los daños causados por *"aquellas personas de quien se debe responder"*. Así, el padre es responsable por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda; el tutor por los causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía; el dueño de una empresa por los causados por sus dependientes; y los titulares de centros docentes por los causados por los alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo que se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado.
>
> Fuera del Código Civil, los arts. 118, 120 y 121 del Código Penal de 1995, de forma paralela a lo establecido por el art. 1903 del CC, definen roles sociales a los que la ley penal asocia el deber de responder civilmente por las consecuencias dañosas de los delitos y faltas cometidos por terceros a cargo o bajo el control o dependencia de quienes ejercen aquellos roles. Por otro lado, otro ejemplo destacado se halla en los art. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP), que

disponen un sistema de responsabilidad directa y objetiva de las Administraciones Públicas por los daños causados por los funcionarios a su cargo.

En el derecho público regulatorio hay muchos supuestos de imputación de daños a personas que no los habían causado. Así, por ejemplo, el art. 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, dispone que, después de la declaración de suelo contaminado por parte de la Comunidad Autónoma, "*[e]starán obligados a realizar las operaciones de limpieza y recuperación [...] los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores*". Entonces responderán subsidiariamente, por este orden, los poseedores y los propietarios no poseedores de suelos contaminados aunque no hubieran causado el daño. En resumen: ***no sólo se responde por haber causado un daño***.

En España, un ejemplo paradigmático es el caso del envenenamiento por aceite de colza en el que se imputaron cuantiosos daños a quienes no los habían causado. Primero, la STS, 2ª, 23.4.1992 (Ar. 6783) condenó criminal y civilmente a los imputados aunque la razón del desencadenamiento de la enfermedad nunca fue aclarada. Años más tarde, la STS, 2ª, 26.9.1997 (Ar. 6366) condenó al director del Laboratorio Central de Aduanas y al Jefe de la Sección de Importación de los Productos Agrícolas y Transformados de la Dirección General de Política Arancelaria e Importación y, subsidiariamente, al Estado a pagar indemnizaciones por un importe superior a tres millardos de euros. La mayor condena del siglo se decidió dos veces al margen de la relación de causalidad.

En la década de los setenta, el Estado español permitía la importación de aceite de colza para la industria, pero, para proteger la producción nacional de aceite de oliva, prohibía destinarlo a usos alimenticios. Para evitarlo, el aceite de colza era obligatoriamente "desnaturalizado" con ricino. Como éste resultaba bastante caro, en 1973 unos industriales del sector pidieron a la Administración que les autorizara sustituir el ricino por aceites minerales nafténicos, por Azul de Ceres o por aceite de anilina, un producto tóxico, pero más barato que el ricino. El Laboratorio Central de Aduanas informó que no veía inconvenientes en el cambio. Los nuevos desnaturalizantes, indicó, podían identificarse fácilmente y hacían al aceite de colza inapropiado para la alimentación. A uno de estos industriales se le ocurrió invertir el proceso de desnaturalización y vender luego a buen precio el aceite resultante como comestible, pero algo -oscuramente relacionado con los procesos de refino o de almacenamiento y transporte del aceite desnaturalizado- falló, cientos de personas murieron y miles quedaron gravemente afectadas. Nunca llegó a probarse la causalidad: solo se presumió a partir de indicios. La STS, 2ª, 23.4.1992 condenó a los particulares responsables del criminal desvío, pero éstos eran insolventes.

Entonces, los herederos de las víctimas mortales y muchos otros perjudicados unieron sus fuerzas en pos de una segunda resolución penal que responsabilizara a algún funcionario y, subsidiariamente, a la Administración para hacerle pagar una indemnización. El nuevo pleito fue resuelto, primero, por la SAN 24.5.1996 y, en casación, por la STS, 2ª, 26.9.1997. Ésta condenó al antiguo Director del Laboratorio Central de Aduanas y al Jefe de la Sección de Importación de los Productos Agrícolas y Transformados de la Dirección General de Política Arancelaria e Importación por una imprudencia temeraria consistente en haber autorizado la desnaturalización de aceite de colza con anilina. La Sentencia declaró, además, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Ambos funcionarios fueron el eslabón que permitió aferrar las arcas del Estado. Sin embargo, las disposiciones que regulaban las competencias del Laboratorio dejaban bien claro que éstas tenían como único objeto clasificar las sustancias para determinar su tratamiento fiscal, su arancel, pero no perseguían velar por la sanidad pública (art. 1 del RD 1915/1979, de 29 de junio, por el que se

regula el régimen de tráfico de perfeccionamiento activo, prototipo, para importación de determinados productos lácteos y fosfatos y exportación de quesos fundidos). La Sentencia buscó y encontró responsables principales y subsidiarios para resolver un problema muy grave de asistencia social.

## 2. *Causalidad de hecho* (cause in fact)

En una primera aproximación, la causalidad, entendida como causalidad de hecho, se determina por mediación del criterio de la *conditio sine qua non* (*but-for test*): hay causalidad cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta, por acción u omisión, del demandado.

El problema práctico de este test radica en su naturaleza contrafactual. Requiere que el tribunal determine una causalidad hipotética: ¿qué habría ocurrido si el demandado no hubiera actuado como lo hizo? ¿Qué habría ocurrido de no omitir la conducta que se esperaba de él? Estas preguntas plantean serios problemas de prueba *("it is impossible to go back to the moment before the accident, «remove» the negligence of the defendant, and see what would have happened"* (ABRAHAM (2002), p. 101). El concepto de acción supone la causación de efectos y el de omisión, su ausencia, pero siempre que hacemos algo evitamos algo (lo que habría ocurrido si no hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que habríamos podido hacer pero no hemos hecho). Véase, MOSTERÍN ((1987), p. 141).

### 2.1. Causalidad y omisión

La primera cuestión que se plantea es si podemos hablar de causalidad en la omisión. Filosóficamente, hay muchos trucos para rodear el problema de la causalidad en la omisión. Véase el siguiente que tomamos de la obra citada de DÍEZ/MOULINES ((1998), p. 253): hay causas "propiciativas" (*contributing*), que contribuyen positivamente a la ocurrencia del efecto, y "resistivas" (*counteracting*), que contribuyen a su no ocurrencia: fumar es causa propiciativa de cáncer de pulmón, mientras que hacer ejercicio es una causa resistiva. Este carácter no es absoluto, pues puede alterarse en presencia de otras causas: la arena es causa propiciativa de accidentes de carretera, pero en presencia de hielo es causa resistiva.

La mayor parte de los casos de responsabilidad civil son pecados de omisión, esto es, de insuficientes control o vigilancia de hechos ajenos: la actuación descuidada del dependiente es causa propiciativa de daños; el control o vigilancia por parte del empresario es causa resistiva (véase art. 1903 CC). Por tanto, la omisión de este control o vigilancia remueve una causa resistiva y, en este sentido, podemos afirmar que, en cierto modo, está contribuyendo a la producción del daño.

La idea es que si un patrono y su empleado solvente, en el supuesto arquetípico, pudieran contratar libremente, entonces la existencia o inexistencia de un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno sería irrelevante. En la práctica lo es y mucho porque: i) la víctima sabe qué empresa

le causó daños, pero no cuál de sus empleados; ii) los empleados suelen ser escasamente solventes; iii) en ausencia de responsabilidad, el patrono contrataría a los más insolventes (*judgement proof defendants*); iv) hay muchos costes de negociación entre patronos y obreros. Para un análisis más extenso de este problema, véase SALVADOR/ GÓMEZ (2002).

En España, la mayor parte de los recursos de casación en materia de responsabilidad civil resueltos por sentencia del Tribunal Supremo son casos de responsabilidad por omisión en la vigilancia o control de los hechos de otro. Así, en el caso Aznalcóllar resuelto por la STS, 3ª, 22.11.2004 (Ar. 2005\20), la rotura de un dique de contención de una balsa de residuos mineros había producido el vertido de su contenido en un afluente del río Guadalquivir, el Guadiamar, cuyo cauce fue invadido por lodos contaminantes que dañaron la flora y la fauna del sistema hídrico. La balsa de residuos mineros era propiedad de Boliden Apirsa, SL, que, en marzo de 1996, había encargado el recrecimiento del dique de la balsa a Geocisa, SA que, a su vez, había asumido el control de la instalación. El Tribunal Supremo confirmó en lo sustancial el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2.8.2002 en cuya virtud, conforme a los arts. 89, 108 f) y g) y 110.1 de la Ley 29/1985, de Aguas, había sancionado a Boliden Apirsa, SL con una multa de 601.012,1 € y le había condenado al pago de 2.870.181,66 € por los daños al dominio público hidráulico y a abonar 41.606.316,75 € por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos. Entre otros argumentos, el Tribunal Supremo fundamenta su decisión en clave de omisión: "*A Boliden Apirsa, S.L., le era exigible, como titular de la explotación minera el deber de mantener la balsa en las adecuadas condiciones de seguridad y la omisión de ese deber comporta ese elemento de culpabilidad que la Administración ha tenido en cuenta al dictar el acuerdo de que trae causa este proceso. [...] A Boliden Apirsa, S.L., le es imputable la culpa en la elección de esa empresa [Geocisa] y la culpa por no haberse implicado más directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener la seguridad en una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad*" (F.D. 11º).

Obsérvese que, en la omisión, la ley establece un deber de actuar que el obligado incumplió: no hay causalidad sino incumplimiento de un deber (*breach of duty*), como en la negligencia.

En cualquier caso, la causalidad de hecho, ya sea por acción u omisión, es un mal criterio de imputación de daños, pues plantea una infinidad de problemas en casos de causación múltiple y causación indeterminada. A continuación se plantearán algunos de los más relevantes.

### 2.2. Causalidad múltiple

Lo normal es que haya demasiadas causas, es decir, que haya muchos eventos sin cuyo acaecimiento tampoco se habría producido el daño. La causalidad es un criterio de imputación demasiado amplio.

Véase si no el siguiente concepto de causa total, que tomamos de uno de los mejores manuales de filosofía de la ciencia escritos en la pasada década: "*[c]ada acontecimiento tiene por lo general múltiples causas. [...] La causa total de un suceso e es la suma [...] de todos los eventos* $c_1$, $c_2$, ... $c_n$ *tales que, de cada* $c_i$ *(1…i…n), es cierto que de no haber ocurrido* $c_i$, *y permaneciendo todo lo demás igual, tampoco habría ocurrido e*" (DÍEZ/ MOULINES (1997), p. 146).

> Parecidamente, FUMERTON/KRESS ((2001), p. 98): *"The problem is that, to get a set of conditions that is genuinely lawfully sufficient for some outcome, the set must contain indefinitely many conditions"*.

Cuando varios agentes contribuyan a causar un daño, su actuación conjunta puede crear un efecto sinérgico: la actuación de uno refuerza el efecto perjudicial de la del otro o viceversa, de forma tal que mientras la probabilidad de que cada conducta, aisladamente considerada, causara el daño es reducida, en cambio, la probabilidad de que la superposición de ambas lo cause es mucho más elevada que la suma de las probabilidades individuales. Parecidamente, KORNHAUSER/ REVESZ ((1998), p. 371 y (2000), p. 626 y ss.): si hay varios agentes potenciales de daños que actúan secuencialmente, el primero en actuar puede no causar ningún daño porque, por ejemplo, la cantidad de vertidos que realiza es por sí sola inocua. Pero los vertidos de quienes le siguen se suman a los anteriores y, entre todos, acaban por causar graves daños. Dicho de otro modo, talar medio bosque no es necesariamente grave, pero cortar los árboles restantes sería una catástrofe. La regla, tradicionalmente aplicada por los tribunales españoles, de la responsabilidad objetiva y solidaria de los cocausantes del daño no tiene en cuenta que el segundo agente es mucho más peligroso que el primero: el veneno está en la dosis.

> La concesión de acciones de regreso a quien ha pagado una indemnización por el todo limita la conclusión anterior, pero únicamente si el sistema judicial funciona razonablemente bien y gradúa la acción de regreso en función del incremento del daño causado en vez de hacerlo – en el ejemplo anterior - proporcionalmente al número de árboles talados. Además, requiere que el demandado en vía de regreso sea solvente.

En los casos de efecto sinérgico es muy discutido si hay o no un único modo lógico de imputar los daños a cada uno de los demandados (véase BEN- SHAHAR (2000), p. 659). Algunas propuestas, con todo, estimulan la reflexión de los jueces y magistrados llamados a decidir: una de ellas, por ejemplo, define el daño marginal de cada demandado, en casos de actuación simultánea de varios dañadores, teniendo en cuenta el promedio de todas las combinaciones posibles de actos dañinos; otra apunta al hecho de que si todos los demandados se comportaron de tal modo que habría bastado la actuación de cualquiera de ellos para causar todo el daño, el régimen de responsabilidad solidaria infraincentiva un comportamiento prudente de todos ellos, pues el daño sólo se causa una vez y la acción de regreso permitirá dividir su estimación proporcionalmente al número de causantes. En casos así resulta justificada una condena por importe superior a los daños causados.

### 2.3. Causalidad indeterminada

En el *Common Law*, la doctrina procesal civil en materia de prueba propugna que el demandado debe ser condenado si la probabilidad de que haya causado el daño es mayor que al 0'5 (*preponderance evidence rule)*, es decir, si es más probable que haya causado el daño que lo contrario. Esta tesis es polémica.

Para algunos, la regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es correcta. Así, supongamos (con BEN- SHAHAR (2000) p. 654, siguiendo a KAYE (1982)) un caso en el que el daño es de 100 €, pero la probabilidad de que el demandado lo haya causado es sólo del 40%. Si se aplica la regla, el demandado será absuelto, pero a costa de un error probable de 40 € (0'4 x 100 = 40). Sin embargo, supóngase ahora que rige una regla de responsabilidad proporcional a la probabilidad de haber causado el daño, es decir, bastará con que la probabilidad sea mayor que cero, pero el importe de la condena se graduará de acuerdo con aquélla. Entonces, en el caso anterior el tribunal condenará al demandado a pagar 40 € al demandante, pero el coste del error esperado será 48 € en vez de 40 € (hay un 40% de probabilidad de que el demandado fuera el causante del daño; entonces, si causó daños de 100 €, es condenado a pagar 40 y deja de pagar 60: el coste de error esperado es de 0'4 x 60 = 24. Pero también hay un 60% de probabilidad de que el demandado no causara daño alguno, en cuyo caso pagará de más los 40 € a que será condenado: aquí el coste del error esperado es de 0'6 x 40 = 24. La suma de ambos errores, fruto de la aplicación de la regla de la responsabilidad proporcional es de 24 + 24 = 48. Hay una pérdida esperada neta de 8). La regla de la preponderancia de la probabilidad positiva es también defendida por otros (LEVMORE (1990)), que entienden que incentiva a los actores para que traten de reducir la incerteza del juicio aportando más pruebas. Por último, la regla mencionada puede reducir los costes de litigación, aunque sólo sea porque habrá menos casos que litigar.

Otros en cambio critican la tesis de la preponderancia de la probabilidad y favorecen una regla de responsabilidad proporcional. Supóngase un caso de concurrencia de causas (SHAVELL (1998), p. 212), en el que hay i) una infinidad de pequeños productores cuyas cuotas de mercado y probabilidad individual de causar daños son muy bajas; y ii) un gran productor con una cuota de mercado de más del 50%. Dado un daño imputable a alguna empresa de la industria y en ausencia de prueba sobre qué empresa lo causó, la regla tradicional llevará a que los pequeños productores sean infraincentivados a adoptar las precauciones justas, pues fácilmente evadirán toda responsabilidad, dadas las reducidas probabilidades de haberlos causado efectivamente. En cambio, el productor principal será sobreincentivado, pues, como autor de más del 50% de los daños probables, no podrá evitar la condena por la totalidad. Por eso, SHAVELL propone imponer responsabilidad en proporción a la probabilidad de causación de cada cual, por pequeña que resulte (*market share liability*). La tesis apunta a un inconveniente claro de la regla de la preponderancia de la probabilidad: distorsiona los incentivos de quienes sabiendo que es muy poco probable que su comportamiento genere algún daño lo llevan a cabo sistemáticamente, en la suposición de que nunca serán condenados (así, en el ejemplo del apartado anterior el demandado nunca sería condenado, pues la probabilidad de que su conducta causara el daño es sólo del 0'4. La doctrina suele referirse a esta cuestión con la expresión *recurring misses*, fallos repetidos).

Como señala BEN-SHAHAR (2000) las posiciones del debate reflejan dos puntos de partida distintos en materia de causalidad: quienes favorecen la primera tesis privilegian una perspectiva *ex post* del derecho de daños y quienes son partidarios de la segunda ponen el acento en una visión *ex ante*, centrada en la idea de prevención de daños. Una síntesis ha

sido intentada por PORAT/ STEIN (1997), quienes se pronuncian por una regla de responsabilidad por incerteza *(liability for uncertainty)*: responderá por un daño cuya causa es incierta la parte que originó o tuvo la mejor oportunidad de evitar la incerteza, ello llevaría a las partes a optimizar sus inversiones y despejar *ex ante* la incertidumbre, de forma que *ex post,* la aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad, ya se encargarían de generar los incentivos óptimos para reducir el daño primario. Responde así quien está en mejor condición de preconstruir la prueba *(cheapest evidence providers*).

## *3. Criterios de imputación objetiva* (Objektive Zurechnung, proximate causation)

Las insuficiencias y excesos del principio causal han llevado a los juristas a construir criterios normativos de imputación objetiva que permitan modularlo, es decir, ampliarlo o restringirlo según convenga. En el *Common Law*, la causalidad entendida como *conditio sine qua non (cause in fact)* se matiza de acuerdo con una miríada de doctrinas sobre *proximate causation* con el objeto de descartar las causas más remotas (*remoteness test*), las más imprevisibles o improbables (*foresight test*) y las causas cuyo riesgo típico no llegó a materializarse efectivamente en el daño en cuestión (*harm-within-the-risk test)*. En el *Civil Law*, sobresale la cultura alemana de la imputación objetiva *(Objektive Zurechnung)*.

> El realismo jurídico intentó depurar el concepto de causa de toda connotación normativa, pero el intento fracasó y el libro más influyente sobre causalidad (HART/HONORÉ (1959) y (1985) volvió a una concepción de la causalidad concebida como juicio fáctico-normativo que, basada en el sentido común, abarcaba la causalidad de hecho y la imputación objetiva (véase, críticamente, WRIGHT (1985), (1988)).

El problema es que muchos criterios de imputación objetiva se detienen en el nivel de las propuestas doctrinales. Pocas leyes los han hecho suyos, aunque podemos identificar algunos positivados de forma dispersa:

- Los arts. 154, 269, 389, 1596, 1903, 1905 y siguientes del Código Civil, que delimitan los roles sociales básicos a cuyo cargo se ponen los daños causados por personas distintas al demandado: padres, tutores, propietarios, empresarios, maestros.

- Los arts. 118, 120 y 121 del Código Penal de 1995 que, de forma paralela a lo establecido por el art. 1903 del Código Civil, definen roles familiares, sociales y económicos a los que la ley penal asocia el deber de responder civilmente por las consecuencias dañosas de los delitos y faltas cometidos por terceros a cargo o bajo el control o dependencia de quienes ejercen aquellos roles (padres, tutores, guardadores legales, empresarios, propietarios de vehículos, Administraciones públicas).

- En general, las disposiciones que regulan actividades, imponen deberes y delimitan con claridad posiciones de garante: por ejemplo, el art. 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza; el art. 1 de la Ley 22/1994; los arts. 139 y siguientes de la LRJAP.

- El art. 141 de la LRJAP según el cual "*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*" y que puede ser entendido, como veremos enseguida, en clave de riesgos generales de la vida.

La doctrina jurídica lleva más de un siglo discutiendo los tópicos sobre imputación y algunas propuestas han sido ocasionalmente utilizadas por la jurisprudencia. Las que siguen están tomadas, con algunas modificaciones, de la muy influyente obra del penalista alemán Günther JAKOBS ((1993), pp. 195 y ss., y (1996), pp. 90 y ss).

### 3.1. Causalidad adecuada o adecuación (*Adäquanztheorie, foresight test)*

La conducta del demandado es una causa adecuada del daño padecido por la víctima si, *ex ante*, la causación del daño era previsible –no muy improbable- por parte del demandado. Pero los autores nunca se han puesto de acuerdo en qué grado de probabilidad –entre 0 y 1- es el adecuado según el derecho; y siempre han discrepado acerca de si el juicio sobre la probabilidad debe consistir en una prognosis puramente subjetiva –similar a la que se lleva a cabo en el análisis del dolo y la culpa-, es decir, en un juicio sobre la evitabilidad del resultado, o si, por el contrario la prognosis ha de ser objetiva en el sentido de que un agente dotado de conocimientos especiales habría de haber conocido la probabilidad de la producción del resultado. A menudo, ambos puntos de vista se acumulan y se pregunta qué cabe esperar de una persona dado su papel en la sociedad.

Por su parte, la Sala Primera del Tribunal Supremo viene utilizando esta tesis con frecuencia, laxitud e incoherencia práctica no exentas de un idiosincrásico sentimiento de equidad.

> Así, en la STS, 1ª, 1.4.1997 (Ar. 2724): un atracador forcejeó e hirió con una navaja a la actora, una mujer que, de madrugada, había entrado en un local con cajero automático de la entidad bancaria luego demandada. El pestillo de la puerta estaba roto. La actora reclamó a la demandada una indemnización de 90.152 €. En primera instancia su demanda fue estimada en parte, pero la entidad demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda. El TS confirmó la decisión de la Audiencia con razones referidas a la causalidad adecuada: "*(…) para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la comisión u omisión -causa- y el daño o perjuicio resultante -efecto-, la doctrina jurisprudencial aplica el principio de causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; (...) una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el efecto lesivo producido (...) [E]s precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo*" (F.D. 2º). Obsérvese el tránsito, sin solución alguna de continuidad, de la causalidad adecuada a la culpabilidad, entendida como infracción de un deber de precaución.

Otro caso reciente es el resuelto por la STS, 1ª, 12.5.2004 (Ar. 2736): un perro, de raza doberman y cuyo propietario era Lázaro, se escapó, entró en la finca colindante y vecina, propiedad de Millán y Claudia, y comenzó a pelearse con el perro de éstos. Tras forcejear para separarlos, Millán sufrió una parada cardiaca que le provocó la muerte. Su viuda demandó a Lázaro y solicitó una indemnización de 55.896,18 €. El JPI nº 3 de Tortosa (17.11.97) estimó íntegramente la demanda en aplicación del art. 1905 CC que establece una responsabilidad objetiva del poseedor de animales: "*[e]l poseedor de un animal, o el que se sirva de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido*". El demandado apeló y la AP de Tarragona (Sección 3ª, 3.2.1998) estimó en parte su recurso en el sentido de rebajar la cuantía de la indemnización a 27.948,08 € al considerar que la propia víctima, conocedora de su enfermedad, había concurrido a la producción del daño. El demandado recurrió en casación alegando que no había relación de causalidad, pero el TS declaró no haber lugar al recurso al confirmar la existencia de nexo causal entre la entrada del perro en la finca ajena y la parada cardiaca sufrida por el dueño de la finca, pues el resultado era previsible debido a que Lázaro era conocedor de la insuficiencia cardiaca que la víctima padecía –"*el desenlace –muerte- era de prever debido a estas placas ateromatosas obstructivas de las coronarias, que indican un enlace causal, preciso y directo entre la entrada violenta del perro y la muerte de Lázaro*" (F.D. 2º)-.

En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo se refiere a la "causa eficiente" al realizar el juicio de causalidad adecuada. En este sentido, sendas sentencias del año 2004: STS, 1ª, 16.3.2004 (Ar. 3167): trabajador de una empresa de señalización horizontal sufre lesiones graves como consecuencia del fallo del sistema de frenado del camión que conducía, previamente revisado en un taller mecánico. El propietario del taller es responsable pues "*si se produjo el accidente fue debido a la causa eficiente derivada de una actuación negligente en la reparación del sistema de frenado*" (F.D. 1º); STS, 1ª, 11.11.2004 (Ar. 6898): propietario de un inmueble quemaduras en el 85% del cuerpo en el incendio de un local contiguo dedicado a la venta de precocinados. La entidad titular del establecimiento es responsable debido a que no agotó las medidas necesarias para evitar las causas del incendio, de modo que no consta la ruptura de la relación causal, siendo "*causa eficiente para producir el resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última*" (F.D. 3º).

Esta doctrina suele citarse en casos de accidentes raros, absolutamente infrecuentes o erráticos (*freakish accidents*). Una de las razones que se aducen es que ello no tiene consecuencias negativas en los incentivos de los posibles demandados, ya que, por hipótesis, el accidente es imposible de prever. Otra función consiste en limitar la responsabilidad en casos de accidentes que se producen por pura coincidencia (*coincidental accidents*), como cuando un autobús que viaja a velocidad excesiva e indebida es dañado o destruido por un árbol que cae sobre él en el preciso instante en que roza su sombra: permitir que los demandados escapen a toda responsabilidad por semejantes accidentes absolutamente azarosos no afectaría a sus precauciones y el incumplimiento de la regla sobre limitación de velocidad no incrementa el riesgo de daño.

Mas, en primer lugar y como han señalado KAPLOW/ SHAVELL ((1999), p. 11), no está en absoluto claro que los tribunales puedan distinguir razonablemente los accidentes imprevisibles de los previsibles; y, en segundo término, un tribunal puede disminuir o incrementar el grado de concreción de los detalles del accidente modificando así su previsibilidad: yendo al absurdo, cualquier accidente puede convertirse en único por el simple procedimiento de describirlo con todo lujo de detalles.

Obsérvese que la doctrina de la imprevisibilidad no puede hacerse descansar exclusivamente en la probabilidad subjetiva, es decir, en la percepción *ex ante* que el dañador tiene de las posibles consecuencias de sus actos. Como en todos los casos de causalidad adecuada hay que tener en cuenta la probabilidad objetiva y lo que le habría costado al causante de daños aproximar su estimación a esta última probabilidad: sólo los riesgos desmesuradamente costosos de anticipar y de prever deberían ser excluidos del ámbito de la responsabilidad.

El caso de referencia es *Palsgraf v. Long Island Railway (248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928)*, y su *pendant* español, la STS, 1ª, 19.7.1996 (Ar. 5654) que resuelve un supuesto casi tan insólito como aquél: el 12 de septiembre de 1987, hacia el atardecer, un tractor que remolcaba una voluminosa carga de paja subía por la calle de la Amargura de Santa Cristina de Valmadrigal (Valladolid) cuando, al poco de iniciar la cuesta, la paja rozó una línea de baja tensión que cruzaba la calle y cuyos cables habían perdido el aislante. Al contacto, saltó una chispa, la paja prendió, ardió toda la carga, algunas pavesas volaron, llevadas por el calor y el viento, hasta la ventana abierta de una casa vecina, ardió una cortina y con ella toda la casa. Sus propietarios demandaron 105.857 € al conductor del tractor, a su propietario, al que lo había sido del remolque, así como a "Electromolinera de Valladolid" que explotaba la línea eléctrica. La Sentencia de primera instancia condenó a los demandados a pagar a los actores una indemnización de 59.748 €. En apelación, la Audiencia mantuvo la condena, pero absolvió al propietario del remolque pues entendió "*que era excesivo atribuir una responsabilidad in vigilando al propietario de un vehículo de por sí inmóvil*". A su vez y en casación, el Tribunal Supremo absolvió a los demandados del pago de las costas, pero no modificó la condena indemnizatoria.

### 3.2. Riesgo permitido o riesgos generales de la vida *(Erlaubte Risiken, general life risks)*

Los humanos vivimos en sociedades caracterizadas por un grado más o menos intenso de división del trabajo y por distintos modos de interacción entre quienes las componemos. Mas una y otros sólo resultan posibles si estamos dispuestos a reconocer que muchas conductas arriesgadas están efectivamente permitidas y que, por lo tanto, el agente no habrá de responder cuando el riesgo creado se concrete en un accidente que cause daños a terceras personas.

Según la concepción dominante, un comportamiento que no supera el riesgo permitido no deviene prohibido por el hecho de que el agente conozca la probabilidad de concreción del riesgo.

La doctrina del riesgo permitido es especialmente relevante en derecho penal, dada la gravedad que las consecuencias de una infracción penal tienen para el agente: quien, señala JAKOBS, como viandante no quiere soportar riesgo alguno derivado de la circulación rodada, no puede esperar luego, como enfermo y habitante de un pequeño pueblo, ser visitado por un médico sujeto a responsabilidad penal por todo accidente imaginable sufrido en una carretera helada.

En cambio, en derecho civil, las consecuencias jurídicas asociadas a la afirmación de la responsabilidad puramente civil son mucho menos graves que en derecho penal. Por ello, la pregunta acerca del riesgo permitido consiste, normalmente, en quién ha de pagar los costes derivados de una conducta determinada -el agente, la víctima, la comunidad de agentes o de víctimas potenciales, los contribuyentes o la sociedad entera-. Las respuestas varían, pues, en unos casos, el agente no responde de las consecuencias derivadas de sus actos, pese a que ello

suponga la causación de serios daños a la víctima (así sucede, por ejemplo, dentro del ámbito de ejercicio legítimo de los derechos fundamentales: las libertades de información y expresión, p. ej., no se ejercitan sin costes a terceros); en otros, aunque no está prohibida la realización de la actividad de que se trate, el agente o terceros han de pagar los costes asociados al daño producido (por ejemplo, en general, responsabilidad objetiva; en particular, laboratorio farmacéutico obligado a contribuir a un fondo de compensación que tendrá que pagar los daños derivados de la aplicación de una vacuna generalmente beneficiosa, pero que daña gravemente a una de cada millón de personas vacunadas, caso en el cual, los costes serán finalmente sufragados por quienes adquieran las vacunas en cuestión).

Para valorar si el riesgo generado está o no permitido, el derecho tiene en cuenta su magnitud y probabilidad, es decir, sus costes y beneficios (véase, VISCUSI (1996), p. 1423) pero –señala JAKOBS- el cálculo se lleva a cabo según criterios normativos y no únicamente según estándares técnicos, señaladamente, económicos.

El estándar técnico, escribe el citado autor, determina lo que es habitual o lo que es mejor dentro de lo posible, pero no resuelve los problemas de valoración ("*Der technische Standard bestimmt das Übliche oder auch Bestmögliche, erledigt aber das Bewertungsproblemen nicht*"). En su opinión, en la mayor parte de los riesgos que actualmente se reconocen como permitidos no se puede llevar a cabo un análisis empírico en términos de coste-beneficio y ello es así por más que en muchos casos existan prognosis exactas acerca de la magnitud del riesgo: el saldo sería imposible de realizar porque no existiría un modelo social vinculante y suficientemente preciso que fungiera de término de comparación. Así, por ejemplo, añade, los beneficios derivados de la conducción de automóviles por razones de ocio -y no de trabajo o cualesquiera otras de índole económica- no se pueden comparar con los de una inexistente sociedad en la que no hubiera tráfico rodado por motivos de puro placer o diversión porque dicha sociedad alternativa no existe. Mas el tráfico automovilístico de placer tiene siempre un coste de oportunidad, como bien saben los conductores que planifican su descanso semanal o la ubicación de sus primeras o segundas residencias: este coste de oportunidad no resulta muy difícil de valorar ni hace falta pensar en una sociedad imaginaria. Nadie lleva a cabo actividades cuyo coste de oportunidad es más elevado que el beneficio que derivamos de ellas. Una mala economía no puede dar buen derecho (confróntese con VISCUSI, (1992)).

Sin embargo, prosigue JAKOBS, este (para él) irreal análisis coste-beneficio cede su lugar a la legitimación histórica de tal o cual riesgo permitido: ciertas modalidades de conductas arriesgadas encuentran su legitimación en la tradición y se aceptan consecuentemente como adecuadas socialmente, pero no por su antigüedad sino por el consenso en su recepción (*Übereinkommensein*). El riesgo permitido únicamente es tolerable cuando la víctima potencial se identifica vagamente, de forma puramente estadística: así, las autoridades responsables del tráfico por carretera conocen *ex ante* el número aproximado de víctimas mortales en accidentes de tráfico durante un fin de semana, pero esta exclusiva circunstancia no les hace igualmente responsables de los mismos. En cambio, si conocieran concretamente el riesgo que supone para tal o cual persona tal o cual incidencia del tráfico, su responsabilidad sería clara.

En derecho español de la responsabilidad civil, la doctrina del riesgo permitido es aplicada con cierta frecuencia por la Sala Tercera del Tribunal Supremo que intenta así limitar, un poco como puede, las consecuencias de casi medio siglo de insistencia doctrinal y jurisprudencial en la afirmación de la responsabilidad puramente objetiva de la Administración, es decir, que ésta responde: (i) objetivamente, (ii) por pura causación de daños tanto por acción como por omisión, (iii) sin excepción alguna derivada de la

concurrencia de otras concausas más importantes o influyentes y (iv) tanto si el servicio público funcionó anormalmente como si lo hizo con absoluta normalidad.

De esta forma, los únicos modos de eliminar la responsabilidad de las Administraciones públicas son negar la existencia del vínculo causal o afirmar que la víctima lo fue de la concreción de un riesgo general de la vida, es decir, de un daño que debía soportar – sufrir o tolerar-, pese a que éste hubiera sido causado por la actuación de la Administración. Los magistrados de la Sala Tercera suelen resolver que falta la relación de causalidad cuando a su juicio se ha producido un daño que no debe ser indemnizado con cargo a las arcas públicas.

El argumento de texto que mejor permite aplicar la doctrina del riesgo permitido es el artículo 141.1 LRJAP, según el cual "*[s]ólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*".

> El caso de la STS, 3ª, 29.10.1998 (Ar. 8421) es ilustrativo: un joven que se arrojó al mar desde un rompeolas murió ahogado. Su madre pretendió responsabilizar a la Junta de Cantabria por no haber señalizado el lugar como peligroso. En vano: el mar siempre lo es y no es razonable señalizar toda la costa. Parecidamente, la STS, 3ª, 8.4.2003 (Ar. 3683) resuelve un caso en el que una viandante sufrió daños en sus rodillas al golpearse contra un muro a causa de un fuerte golpe de mar que superó el Muro de San Lorenzo del paseo marítimo de Gijón (Asturias). El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la actora sirviéndose de los criterios del riesgo general de la vida y de la asunción de riesgos por parte de la víctima, pues, debido al temporal, la policía municipal había cortado el tráfico en el paseo marítimo y había advertido a los viandantes de que tuvieran cuidado al transitar por la zona. El Tribunal afirmó literalmente: "*no hay base legal ni jurisprudencial que permita sostener que, al introducir en nuestro ordenamiento la regla de la responsabilidad extracontractual y objetiva de los poderes públicos, se haya querido convertir a los mismos en aseguradores universales, ni hacerlos responsables de las imprudencias de los particulares*" (F.D. 3º).
>
> La doctrina del riesgo general de la vida no sólo se aplica a riesgos derivados de causas naturales, sino también a riesgos creados por el ingenio humano. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sección 1ª, 2.1.2003 (Ar. 318) resuelve un caso en el que la víctima falleció al ser arrollada por un tren mientras cruzaba por un paso a nivel en la estación de Benimámet (Valencia). Todas las señales funcionaban correctamente y el conductor no sólo había utilizado las señales acústicas correspondientes sino que, al advertir que alguien cruzaba la vía, disminuyó la velocidad hasta casi detener el tren en el momento de la colisión. El Tribunal desestimó el recurso interpuesto por los familiares de la víctima al afirmar que "*la causa eficiente del accidente fue la propia conducta de Dña. Marí Luz [...] Podría plantearse la existencia de responsabilidad por la propia existencia del paso a nivel en el ámbito urbano, mas entiende la Sala que los mismos -aun cuando sea deseable su desaparición por la paulatina conversión de las líneas en subterráneas en las zonas urbanas y así parece que se realiza con las de nueva construcción- son necesarios para el normal funcionamiento del servicio público y lo que es exigible a las Administraciones Públicas implicadas es el establecimiento de las medidas de seguridad legalmente previstas. Una vez establecidas éstas, en correcto funcionamiento y desplegada la diligencia exigible por los empleados (como es el caso), no puede imputarse a dichas Administraciones la producción de accidentes por la inobservancia de las medidas por los usuarios*" (F.D. 5º).

### 3.3. Prohibición de regreso y posición de garante *(Regressverbot und Garantenstellung, remoteness)*

No cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero. Así, no cabe responsabilizar al deudor que pagó una deuda al acreedor por el crimen que éste perpetró luego con armas adquiridas gracias al dinero pagado. La doctrina en cuestión sólo puede analizarse con precisión en sede de autoría y participación, materia muy alejada del objeto de estas notas. Aquí bastará con indicar que el demandado no responderá salvo que hubiera estado en posición de garante en el momento en que ocurrieron los hechos. En derecho civil y en materia de responsabilidad por culpa, los deberes de precaución de un agente social para con los demás, o bien se definen institucionalmente por la ley (padres, maestros, empleadores, propietarios, anfitriones, amigos), o bien se establecen primero social y después jurisprudencialmente para cada sector específico del tráfico.

> Destaca la STS, 1ª, 17.3.2004 (Ar. 1926): el 16.9.1991, CAMPSA (actualmente, "Compañía Logística de Hidrocarburos, SA" (CLH)) sufrió un atentado terrorista en su oleoducto Ta-ba-ge, situado en el término municipal de Sant Vicenç dels Horts (Barcelona), que ocasionó la filtración de gasolina al pozo acuífero Estrella 4, propiedad de "Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA" (SGAB, hoy AGBAR), situado en Sant Feliu de Llobregat. El 5.3.1993 se incoó expediente administrativo que concluyó por Acuerdo del Consejo Ejecutivo de la Generalitat, que atendiendo al informe realizado por la Junta de Saneamiento, impuso a CLH la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico mediante el pago de una indemnización de 992.992,7 €, importe correspondiente al coste de los trabajos de regeneración. CLH interpuso recurso contencioso-administrativo que finalizó por STSJ de Cataluña, Sección 3ª, 11.3.1997, en el sentido de apreciar concurrencia de culpas de CLH, SGAB y la Administración, debido a que los técnicos de estas entidades omitieron las inspecciones pertinentes tras el atentado, y rebajar la indemnización a 340.773,86 €.
>
> La entidad SGAB demandó a CLH y solicitó una indemnización de 483.357,66 €, de los cuales 408.524,17 € por los gastos de regeneración y 74.833,49 € por el lucro cesante al no poder disponer del agua del pozo contaminado. El TS estimó en parte las pretensiones de la actora y, tras considerar que no existía cosa juzgada por falta de identidad de sujetos y de pretensiones, concedió a la recurrente una indemnización de 408.524,17 € por los gastos de regeneración en que incurrió, pero no así los 74.833,49 € en concepto de lucro cesante al no considerarlo probado. En este caso resulta evidente que interfiere una conducta dolosa –atentado terrorista- en la causación del daño, pero la responsabilidad de CLH deriva de su posición de garante que le obliga a controlar los riesgos generados por la actividad económica a la que se dedica –transporte y suministro de hidrocarburos-.

El ejemplo clásico de prohibición del regreso es la interposición de una conducta dolosa de un tercero y sobre todo si es criminal. Así, la jurisprudencia de la Sala Tercera rechazaba históricamente las reclamaciones de las víctimas de delitos, pues consideraba que su comisión derivaba exclusivamente de la actuación voluntaria del delincuente, pero no del funcionamiento de los servicios públicos de seguridad ciudadana. Sin embargo, el criterio de la prohibición del regreso admite muchas modulaciones normativas y la evolución de la jurisprudencia española da razón de alguna muy significativa.

La STS, 3ª, 16.12.1997 (Ar. 8786) inició un cambio de nota: condenó a la Administración central del Estado a pagar 75.121 € a la viuda de la víctima de un robo con homicidio perpetrado por dos reclusos que disfrutaban de un permiso penitenciario. Otras han seguido después: STS, 3ª, 25.5.2000 (Ar. 6278): preso fugado disparó e hirió al actor con un arma de fuego; STS, 2ª, 29.5.2001 (Ar. 4575): recluso durante un permiso hirió y violó a una mujer. En este último caso en vía penal, el TS negó la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración *ex* artículo 121 del Código Penal porque los presos no son funcionarios públicos, al tiempo que sugirió reclamar por error judicial vía artículos 292 y ss. LOPJ.

Las SSAN, 30.5.2001 (Ar. 1236) y 20.3.2002 (La Ley, nº 4793): dos casos trágicamente gemelos protagonizados por los mismos delincuentes que cometieron sendos robos con homicidio consecutivos, el mismo día y contra dos taxistas; uno de los autores había sido objeto de una medida cautelar en un centro de internamiento de extranjeros en trámite de expulsión, posteriormente había cumplido una condena de dos semanas en prisión pero, en lugar de ser devuelto al centro de internamiento, había sido puesto en libertad, circunstancia que aprovechó para asaltar a sus víctimas con ayuda de un tercero. La primera sentencia condenó a la Administración a pagar 132.222,66 € y, la segunda, 120.202 €.

### 3.4. Principio de confianza *(Vertrauensgrundsatz, bilateral care)*

Pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, por lo general podemos confiar en que su conducta será correcta. Dicho de otro modo, los deberes de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos: la diligencia propia presupone la de los demás.

En el principio de confianza se dan cita el riesgo permitido y la prohibición de regreso. Sin él, la división social del trabajo resultaría inviable. De hecho, el principio de confianza es básico para asegurar que, en los accidentes bilaterales, las reglas de responsabilidad induzcan un equilibrio de NASH, es decir, una situación en la cual varios agentes económicos interactúan de modo que cada uno de ellos escoge la mejor estrategia posible, dadas las estrategias adoptadas por el resto.

Véase la STS, 1ª, 23.2.2001 (Ar. 2549): el contratista demandado rompió los cables que la compañía telefónica demandante había enterrado a sólo diez o doce cm. de la superficie, incumpliendo la licencia municipal. La diligencia debida del causante del daño, dice el TS, es tal que "*necesariamente comporta un juicio de valor sobre su conducta en comparación o relación con el comportamiento de quien sufrió el daño, a fin de comprobar cuál de los dos sujetos quebrantó la actitud que jurídicamente cabía esperar de él*" (F.D. 3º).

Con todo, debe preverse una cierta negligencia ajena y, por supuesto, quien esté en posición de garante responderá siempre. Así, en materia de accidentes laborales, el empresario ha de prever la negligencia simple del trabajador, pero no la grave. En este sentido, véase el art. 15.4 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales que, en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales, establece la obligación del empresario de aportar al trabajador las medidas preventivas adecuadas previendo, incluso, "*las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador*" (GÓMEZ/ AGRAFOJO (2004); CASTIÑEIRA/ LLOBET/ MONTANER (2005)).

Así, la STS, 2ª, 5.9.2001 (Ar. 8340) resuelve un caso en el que un obrero de la empresa Salonac, SL falleció al caer por un hueco de la segunda planta de un edificio en construcción donde estaba colocando el *emparrado* de la tercera planta del mismo. Pese al descuido del trabajador que cayó mientras caminaba hacia atrás y sin haber hecho uso del cinturón de seguridad proporcionado por la empresa, el Tribunal Supremo condenó al administrador de Salonac, SL y al aparejador de la obra a 2 años de prisión por un delito de homicidio imprudente y al pago solidario de una indemnización de 30.050,61 € a la madre y de 240.404,84 € a la viuda del fallecido. Tras algunas reflexiones sobre el riesgo permitido, el Tribunal acabó por considerar que los condenados debían haber previsto la negligencia del trabajador: "*La conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conllevan determinados riesgos; pero, como contrapeso ineludible de tal tolerancia, en cada una de esas actividades hay una serie de normas, escritas o no, que garantizan el que puedan desarrollarse dentro de unos límites tolerables. El riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible. Un mayor desarrollo económico se corresponde con un mayor número de actividades peligrosas y con una más exigente legislación protectora frente a éstas.* (F.D. 4º) [...] *[E]s un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio éste que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. La propia dedicación a la tarea encomendada, como en este caso la realización del apuntalamiento de la futura techumbre, concentra la mente del obrero en esa tarea y si tiene un descuido ha de estar protegido para evitar, pese a ello, el percance. Esta es la razón de ser de las medidas de seguridad vigentes al respecto y que en la construcción de edificios han de concretarse en el preceptivo estudio de seguridad.*" (F.D. 6º).

### 3.5. Ámbito de protección de la norma *(Schutzbereich der Norm, breach of statutory duties)*

Con frecuencia, se presume la negligencia por el simple hecho de que el demandado haya incumplido el nivel de precaución exigido legalmente *(negligence per se)*, sobre todo, en el ámbito de los accidentes laborales derivados del incumplimiento de las medidas de seguridad por parte del empresario. Sin embargo, esta doctrina permite al demandado defenderse probando que el demandante no pertenecía a la clase de víctimas potenciales que la norma violada pretendía proteger. La infracción de una norma cuya finalidad no es proteger el bien jurídico lesionado no puede ser esgrimida para imputar el resultado dañoso al agente. JAKOBS prefiere hablar de realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos, pero la idea de fondo es que la norma cuya infracción se discute siempre contempla uno o más riesgos, pero no todos ellos.

En este sentido, véase la STS, 1ª, 8.10.1998 (Ar. 7559): un trabajador había muerto atropellado por un camión cuando, al dirigir la operación de su carga, se situó tras un punto ciego del vehículo y éste le aplastó. En la demanda, su viuda e hijos alegaron que el conductor del camión no poseía el certificado de aptitud de manejo de maquinaria minera exigido por el art. 117 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera (R.D. 863/1985, de 2 de abril). El TS confirmó las sentencias desestimatorias de las instancias, pues "*[l]a ausencia de dicho permiso es irrelevante en este caso*" (F.D. 2º). Parecidamente, la STS, 1ª, 21.11.1998 (Ar. 8817): un pintor de 32 años de edad, casado y padre de dos niñas de corta edad, cayó de un sexto piso de la guíndola desde la que pintaba la fachada de un edificio y murió al poco a causa de las lesiones sufridas. La viuda, accionando en nombre propio y en representación de las hijas, solicitó 150.253 € de la empresa y

de la comunidad propietaria del edificio. Ambas demandadas fueron condenadas, en primera instancia, a pagar una indemnización de 90.151 €. En apelación, la Audiencia absolvió a la comunidad de propietarios. El TS no estimó el recurso de la demandante que pretendía, de nuevo, la condena de la propietaria del edificio: la falta de permisos administrativos, dijo, fue extraña a la producción del accidente y la comunidad no estaba obligada, además, a controlar el cumplimiento de las previsiones reglamentarias sobre seguridad en el trabajo.

Un caso reciente en el que se dan cita los criterios de causalidad adecuada y de fin de protección de la norma es el resuelto por la STS, 1ª, 22.4.2002 (Ar. 3312): uno de los comitentes de una obra resultó gravemente herido por la caída de una silla metálica provocada por un tercero enemistado con la víctima. El JPI y la AP aplicaron la doctrina de la causalidad adecuada y resolvieron que la utilización de las sillas no había sido la causa apropiada de la producción del daño, pero el TS casó la sentencia absolutoria de la Audiencia, pues consideró que la infracción de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica (Orden de 28.8.1970) prescribía la instalación de andamios y no de sillas de seguridad. En la sentencia de casación, parece quedar sobreentendido que el fin de protección de la ordenanza alcanza los daños dolosos, es decir, la utilización de sillas como proyectil, apreciación de la que quizás el lector podría discrepar.

### 3.6. Provocación (*Herausforderung, provocation)*

El criterio de la provocación permite imputar los daños sufridos por una persona, o causados por ésta a un tercero, en el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida, integridad física o bienes de un tercero, al que culpablemente creó la situación de peligro cierto sobre los bienes jurídicos mencionados (PANTALEÓN (1993)). De hecho, este criterio de imputación objetiva adquiere plena relevancia en el ámbito del derecho penal en relación con los daños provocados durante el intento de proteger los bienes jurídicos puestos en peligro por el presunto culpable cuya conducta está tipificada como delito o falta en el Código Penal.

En este sentido, la STS, 2ª, 26.9.2005 (La Ley, nº 6369): la víctima, detenida ilegalmente por Víctor M. y Rafael, sufrió lesiones personales y daños en la ropa al arrojarse por la ventana para huir de sus captores cuando éstos la estaban amenazando con bisturís, cable eléctrico y una pistola para que se quitara la ropa. La SAP Madrid de 4.10.2004 condenó a los acusados, Víctor M. y Rafael, por sendos delitos de robo con intimidación, detención ilegal y delito contra la integridad moral, pero les absolvió de indemnizar a la víctima. El Tribunal Supremo, en cambio, estimó el recurso de casación, revocó la SAP e imputó objetivamente los daños a la conducta de los culpables condenándoles a indemnizar a la víctima con 21.600 € por las lesiones, 3.083,41 € por las secuelas y 81,30 € por los daños en la ropa. Literalmente, el Tribunal expuso: "*[e]n el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la integridad moral fue la desencadenante de las lesiones y daños sufridos. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad. Si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírsele esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales y materiales, que, por lo tanto, deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior de los acusados, tipificada en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP*".

### 3.7. Consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo (*Einverständigung, Tatbestandausschließenden Einwilligung und Handeln auf eigene Gefähr, victim's consent and assumption of risk)*

No es imputable al agente el resultado dañoso cuando el bien jurídico lesionado es disponible y la víctima prestó su consentimiento al acto, como tampoco lo es en el caso en que la víctima asumió el riesgo del daño a un bien jurídico indisponible. Este criterio suele ser aplicado para exonerar de responsabilidad al demandado cuando el demandante participó voluntariamente en cualquier tipo de práctica deportiva, realizó una actividad peligrosa a sabiendas del riesgo que conllevaba o invadió una finca ajena sin consentimiento del titular.

> En la práctica de diferentes deportes habitualmente se aplica la asunción del riesgo por parte de la víctima (PIÑEIRO (2005)). La primera sentencia que reconoció la asunción del riesgo durante la práctica deportiva fue la STS, 1ª, 22.10.1992 (Ar. 8399): un aficionado a la pelota vasca perdió un ojo al recibir un pelotazo de su contrincante. La víctima demandó a su contrincante y a la "Compañía Nacional Hispánica Aseguradora, SA" y solicitó una indemnización de 60.324,18 €. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la entidad demandada, revocó las sentencias estimatorias de la instancia y desestimó las pretensiones del actor. El Tribunal afirmó que "*en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar —roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.—, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas*" (F.D. 5º). Este criterio de imputación de daños ha sido aplicado continuadamente por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones: STS, 1ª, 18.3.1999 (Ar. 1658): esquiadora murió al chocar contra la caseta de un transformador eléctrico cuando descendía una pista de esquí sobre un plástico; STS, 1ª, 27.9.2001 (Ar. 7129): alumna de un curso de golf golpeó con el palo a su monitora al errar un golpe; STS, 1ª, 17.10.2001 (Ar. 8639): joven aficionado al rafting murió ahogado tras caer al agua y golpearse con una roca; STS, 3ª, 1.7.2002 (Ar. 6300): una participante en un encuentro de fútbol femenino sufrió una fractura compleja distal en el radio izquierdo.
>
> El Tribunal Supremo también recurre a la asunción del riesgo en casos en los que la propia víctima realiza una actividad peligrosa a sabiendas del peligro que conllevaba. La STS, 1ª, 12.3.1998 (Ar. 1286) nos muestra un caso de autopuesta en peligro por parte de la víctima: una tarde de julio y para aliviarse del agobiante calor, un joven de 17 años, que no sabía nadar, decidió refrescarse en una charca próxima a la carpintería en la que trabajaba. Al día siguiente, la Guardia Civil lo encontró ahogado. Los actores reclamaron 60.101 € a la empresa de carpintería. Las instancias desestimaron la demanda y el TS no admitió el recurso de los actores.
>
> En último lugar, son relativamente frecuentes los casos de daños sufridos por una persona que se adentró en una finca ajena sin consentimiento de su propietario. En este sentido, véase la STS, 1ª, 2.4.2004 (Ar. 2051): la víctima se adentró en una fábrica abandonada a través de un agujero de una de las vallas y, ya en el interior, accedió a un transformador de electricidad propiedad de "Fuerzas Eléctricas de Cataluña, SA" (FECSA) y se apoyó en un interruptor, a consecuencia de lo cual sufrió una descarga eléctrica que le provocó la pérdida de ambas manos. El TS estimó el recurso interpuesto por FECSA aplicando criterios de prohibición de regreso y de asunción del riesgo: la conducta ilícita del actor de acceder a una finca ajena y vallada para coger tuberías de cobre interfirió en el curso causal de los hechos y propició el accidente, con independencia del riesgo que entrañaba la actividad de suministro eléctrico. Además, tal conducta suponía la

aceptación de un grave riesgo por el sujeto *"habida cuenta de la peligrosidad que entraña el acceso sin control a una edificación [...] por persona desconocedora de las contingencias nocivas inherentes a la misma"* (F.D. 2º).

## *4. Causalidad y criterios de imputación subjetiva*

### 4.1. Causalidad en el análisis económico del derecho

El análisis económico y positivo de la causalidad y del derecho de daños es sumario: una persona A causa daños a otra B cuando la conducta de A es una variable que comparece en las funciones de utilidad de ambos. Así, A fuma con placer, pero ello desagrada a B y pone enfermos a ambos (véase, por ejemplo, COOTER/ ULEN, (1996), p. 266).

A continuación, el análisis deviene normativo (véase BEN- SHAHAR, (2000), pp. 644 y ss.) y se centra en el objetivo económico del juicio de adscripción causal, que es promover la eficiencia económica. Prescinde así de los contextos que no son económicos (físicos, químicos, biológicos, médicos, etc.) y decide que causante de un daño es quien puede evitarlo a menor coste (CALABRESI, (1975), p. 71; LANDES/ POSNER, (1987), p. 228). Pero al hacerlo así, reduce la causalidad a la negligencia y ésta a aquélla. Como explica SHAVELL ((1998), p. 212), "*the socially desiderable level of care itself implicitly reflects causation; care is socially valuable only to the degree that it can reduce accident losses in circumstances where losses would otherwise result*".

Este resultado era ya bien conocido por el análisis jurídico tradicional (BUCKLAND (1935)). El requisito de la proximidad de la causa, es decir, la exigencia de que la causa no sea demasiado remota (FRANKLIN/ RABIN, (2001), p. 399: *something quite unexpected has contributed either to the occurrence of the harm or to its severity*), contribuye a delimitar el radio del círculo de las personas potencialmente obligadas a observar tales o cuales deberes de precaución hacia la víctima. Es decir, los sujetos obligados a cumplir con tales o cuales deberes de precaución son identificados en sede de causalidad. Típicamente, los manuales y *casebooks* de derecho de daños tratan de los deberes de precaución dos veces: al analizar la causalidad y al definir la negligencia.

> Thomas MICELI (1997, p. 22) apunta a una crítica posible del análisis causal relacionado con la eficiencia económica, pues la pregunta que se formula el juez sobre la concurrencia de la relación de causalidad se formula *ex post*, una vez ocurrido el evento y, en cambio, la doctrina normativa de la responsabilidad civil del *Law & Economics* pregunta *ex ante* sobre la regla más eficiente para prevenir accidentes. Entonces, la idea de causalidad parece incompatible o al menos extraña con la regla más eficiente, pues limita la responsabilidad del demandado cuyo comportamiento no fue materialmente causal en relación con los daños aunque, de hecho, fuera también quien mejor habría podido evitarlos.
>
> La crítica es probablemente infundada, pues la aplicación estricta de la regla de la causalidad responsabilizaría a media humanidad de lo que le sucede a la otra media. Mas en todo caso y como se cuida de señalar el propio MICELI ((1996), p. 473) y otros muchos antes que él (GRADY,

(1984), LANDES/POSNER (1987), SHAVELL (1987) y (1998) y KAHAN (1989)) o después (SCHWARTZ, (1998), p. 559) no hay interferencia entre el eventual tamiz –en nuestra opinión, demasiado grueso- causal y la regla eficientista de Hand: responsabilizar al demandado exclusivamente por los daños derivados de no haberse ajustado al canon de diligencia y no por todos los que han ocurrido no modificará su comportamiento futuro, pues siempre le saldrá más a cuenta ajustar su comportamiento al canon de diligencia que resulta de la fórmula de Hand.

Un ejemplo aclarará lo anterior: si el canon establece que hay que alzar un muro de contención de 3 metros de altura y el demandado no lo hace, responderá por todos lo daños que deriven de la inexistencia de un muro de esa altura pero no de los que sólo un muro de 6 metros habría evitado. Esta interpretación del principio causal no llevará al agente potencial de daños a dejar de adoptar la precaución debida que, por hipótesis, es erigir un muro de 3 metros, pero no más alto: el muro se ha de alzar hasta exactamente el centímetro 300 porque uno más costaría más euros que los accidentes que ese centímetro adicional ahorraría. En la práctica, los jueces no suelen realizar esta distinción.

### 4.2. Responsabilidad por negligencia *(negligence liability rule)* y responsabilidad objetiva *(strict liability rule)*

Pese a esta discusión doctrinal en el *Law & Economics*, lo cierto es que ningún sistema jurídico imputa responsabilidad a un agente social por simple causación de daños. La mayor parte de ellos introduce restricciones importantes que recogen, en el *Common Law*, la doctrina de la *proximate causation* y en el *Civil Law*, las de la O*bjektive Zurechnung*; en ambas, sin embargo, los criterios de imputación subjetiva delimitan ulteriormente el radio de acción de la causalidad.

En el derecho español, el artículo 1902 CC delimita el círculo de responsables entre todos los posibles causantes mediante los criterio de culpa o negligencia *(negligence liability rule)*. Por tanto, bajo una regla de responsabilidad por negligencia la imputación de daños al demandado pasa por tres filtros: causalidad de hecho, causalidad adecuada y negligencia (o dolo). Pero no se ha prestado demasiada atención al hecho de que los dos primeros son comunes tanto a la responsabilidad por negligencia como a la responsabilidad objetiva *(strict liability rule)* y que, por lo tanto, esta última no puede definirse como una pura responsabilidad causal, pues deberá pasar también por criterios normativos de imputación objetiva.

Asimilar responsabilidad objetiva a responsabilidad por causación de daños es un error generalizado que no resiste el análisis. En efecto, uno de los ejemplos más universales de imposición legal del principio conforme al cual quien la hace la paga (*Verursacherprinzip*) es la regla de derecho según la cual los fabricantes e importadores de productos defectuosos responden por los daños causados por el defecto (art. 1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos y *Restatement of Torts* de 1998 *(Third Section 402a §1 a) Products Liability*). Sin embargo, no es cierto que se responda por causar el daño sin más: el concepto de defecto es normativo y, por lo general, si el estado de los conocimientos en el momento

de la comercialización del producto no permitía conocer el defecto, el fabricante no responderá.

> El concepto de producto defectuoso se construye en el art. 3.1 a partir del test de las expectativas legítimas del consumidor: "*[s]e entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar*"; y el último de los apartados del art. 6.1 establece la excepción de riesgos de desarrollo: "*[e]l fabricante o el importador no serán responsables si prueban: e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto*". Es decir, no basta causar un daño sino que, además, hay que saber o poder saber que se puede llegar a causarlo, salvo que se trate de medicamentos o de productos alimentarios, por los que el fabricante o importador responderá en todo caso.

El reconocimiento generalizado en el *Restatement of Torts (Third)* de que el único criterio generalmente viable para identificar los defectos de diseño y en las advertencias e instrucciones es el de riesgo-utilidad, es decir, el de la negligencia, manifiesta la imposibilidad de distinguir nítidamente la responsabilidad por negligencia de la responsabilidad objetiva en esta materia. Una vieja ciudadela de la responsabilidad objetiva ha caído (véase, HENDERSON/ TWERSKY (1998)).

## *5. Círculo de responsables* (scope of liability)

Si lo anterior es así, como creemos, entonces parte importante del territorio de la responsabilidad objetiva pertenece a la negligencia. Ello supone reconducir la denominada responsabilidad objetiva a la negligencia: ***la distinción entre responsabilidad objetiva y la negligencia no es polar.***

> Nótese que algunos autores ya han afirmado que el *foresight test* se viene aplicando de forma casi idéntica, primero, en el ámbito de la causalidad adecuada y, segundo, en el de la negligencia al aplicar la fórmula de Hand. En este sentido, MICELI (2004, p. 62) afirma que la imputación objetiva y el test de la negligencia de Hand son redundantes y persiguen el mismo propósito de limitar la responsabilidad del demandado *("the test for proximate cause and the test for negligence are in essence redundant tests. That is, both are forward-looking threshold tests for limiting the injurer's liability")*. Luego, las reglas de responsabilidad por negligencia y objetiva quedan muy próximas, pues comparten el filtro común de la causalidad adecuada ("*well established proximate causation doctrines blur the distinction between causation and breach of duty, which happens to be a continuum*", SALVADOR/ GAROUPA/ GÓMEZ (2004)).

La decisión básica sobre quién es agente potencial de daños es preeconómica (COOTER (1987), p. 524) o, al menos, claramente normativa: deberá responder quien mejor pueda evitar el daño. Una solución analítica del problema se puede encontrar en SALVADOR/ GAROUPA/ GÓMEZ (2004): en primer lugar, el gobierno define el alcance de la responsabilidad *(scope of liability)*, esto es, delimita el número de individuos potencialmente responsables del accidente; en segundo lugar, elige la regla de responsabilidad que garantiza un nivel eficiente de precaución. Entonces, las reglas de responsabilidad se sitúan en un *continuum* que van desde la responsabilidad por negligencia a la responsabilidad objetiva, pero luego siguen más allá y alcanzan la (infrecuente, pero no inexistente)

imputación arbitraria de responsabilidad a una persona o entidad que no tuvieron oportunidad alguna de reducir la probabilidad de que ocurriera el accidente: el caso del envenenamiento por aceite de colza, imputado *in extremis* a dos funcionarios de aduanas, es un buen ejemplo de ello.

## *6. Bibliografía*

ABRAHAM, Kenneth (2002), *The Forms and Functions of Tort Law,* 2nd ed., Foundation Press, New York

BEN SHAHAR, Omri (2000), "Causation and Foreseeability", en BOUCKAERT, BOUDEWIJN Y DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 644-668

BUCKLAND, James (1935), "Duty to Take Care", 51 *Law Quarterly Review* 637

CALABRESI, Guido (1975), "Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven, Jr.", 43 *University of Chicago Law Review* 69

CASTIÑEIRA, Mª Teresa/ LLOBET, Mariona/ MONTANER, Raquel (2005), "Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales", InDret 1/2005, Working paper nº 265

COOTER, Robert (1989), "Torts as the union of liberty and efficiency: An essay on causation", 63 *Chicago-Kent Law Review* 523

COOTER, Robert/ ULEN, Thomas (1996), *Law and Economics*, 2nd edition, Adisson—Wesley, Massachussets

DÍEZ, José Antonio/ MOULINES, Carlos Ulises (1997), *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona

FLEMING, John G. (1998), *The Law of Torts*, 9th edition, Law Book Company, Sidney

FRANKLIN, Marc A./ RABIN, Robert L. (2001), *Tort Law and Alternatives. Cases and alternatives*, 7th edition, Foundation Press, New York

FUMERTON, Richard/ KRESS, Ken (2001), "Causation and the Law: Preemption, Lawful Sufficiency, and Causal Sufficiency", 64 *Law & Contemporary Problems* 83

GÓMEZ POMAR, Fernando/ AGRAFOJO, Iria (2004), "Culpa de la víctima y derecho sancionador", InDret 4/2004, Working paper nº 258

GÓMEZ PUENTE, Marcos (1997), *La inactividad de la Administración,* Aranzadi, Pamplona

GRADY, Mark (1984), "Proximate Cause and the Law of Negligence", 69 *Iowa Law Review* 363

HART, Herbert L.A./ HONORÉ (1959), *Causation in the Law,* Clarendon Press, Oxford

HART, Herbert L.A./ HONORÉ (1985), *Causation in the Law,* 2ª ed., Clarendon Press, Oxford

HENDERSON, James/ TWERSKY, Aaron (1998), "Symposium on the American Law Institute: Process, Partisanship and the Restatement of Law: The Politics of the Products Liability Restatement", 26 *Hofstra Law Review* 667

JAKOBS, Günther (1993), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.* 2 Auflage, Berlin, New York, De Gruyter. Traducción *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996

KAPLOW, Louis/ SHAVELL, Steven (1999), "Economic Analysis of Law", February 1999. (http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/99030205.pdf?abstractid=150860)

KAYE, David (1982), "The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation", 487 *American Bar Foundation Research Journal* 516

KORNHAUSER, Lewis A./ REVESZ, Richard L. (1998), "Join and Several Liability", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, Stockton Press, New York

KORNHAUSER, Lewis A./ REVESZ, Richard L. (2000), "Joint Tortfeasors", en BOUCKAERT, BOUDEWIJN Y DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II. Civil Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 625-643.

LANDES, William/ POSNER, Richard (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge-Massachussets

LEVMORE, Saul (1990), "Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs", 19 *Journal of Legal Studies*, 691-726

MICELI, Thomas (1996), "Cause in fact, Proximate Cause, and the Hand Rule: Extending Grady's Positive Economic Theory of Negligence", 16 *International Review of Law and Economics* 473.

MICELI, Thomas (1997), *Economics of the Law*, Oxford University Press, New York

MICELI, Thomas (2004), *The Economic Approach to Law,* Stanford Economics of University Press, California

MOSTERÍN, Jesús (1987), *Racionalidad y acción humana*, 2ª edición, Alianza Universidad, Madrid

PANTALEÓN, Fernando (1993), "Comentario al artículo 1902 CC", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid

PIÑEIRO, José (2005), "Accidentes deportivos: lesiones consentidas. Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte", *InDret 3/2005*, Working paper nº 297

PORAT, Ariel/ STEIN, Alex (1997), "Liability for Uncertainty : Making Evidential Damage Actionable", 18 *Cardozo Law Review* 1891

PROSSER, William Lloyd/ KEATON, W. Page (1984), *Prosser and Keaton on the Law of Torts,* 5th ed., West Group, St. Paul

SALVADOR, Pablo *et alii* (2002), "Respondeat Superior I", *InDret 2/2002,* Working paper nº 79

SALVADOR, Pablo/ GAROUPA, Nuno/ GÓMEZ, Carlos (2004), "Scope of Liability. The Vanishing Distinction between Negligence and Strict Liability", Social Science Research Network. Traducción en --- (2005), "El círculo de responsables. La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva", *InDret 4/2005*, Working paper nº 309

SCHWARTZ, Warren F. (1998), "Legal Standards of Care", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, II, Stockton Press, New York

SHAVELL, Steven (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, London

SHAVELL, Steven (1998), "Causation", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, I, Stockton Press, New York

SHAVELL, Steven (1999): Ver KAPLOW

VISCUSI, W. Kip (1992), *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsabilities for Risk*, Oxford University Press, New York

VISCUSI, W. Kip (1996), "Regulating the Regulators", 63 *The University of Chicago Law Review* 1423

WRIGHT, Richard W. (1985), "Causation in Tort Law", 73 *California Law Review* 1735

WRIGHT, Richard W. (1988), "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts", 73 *Iowa Law Review* 1001

## *7. Tabla de sentencias*

### *Tribunal Supremo*

| Sala y fecha | Ar. | Magistrado ponente | Partes |
|---|---|---|---|
| 1ª, 22.10.1992 | 8399 | Rafael Casares Córdoba | Ricardo V. C. José O. y "Compañía Nacional Hispánica Aseguradora, SA" |
| 1ª, 19.7.1996 | 5654 | Eduardo Fernández-Cid | Benito R. y otros c. Juan Antonio L., Guillermo L., "Electromolinera de Valmadrigal, SL" y "Winterthur, SA" |
| 1ª, 8.3.1997 | 2482 | Luis Martínez-Calcerrada | José M. y Marcelina S. c. Ayuntamiento de Medina de Pomar |
| 1ª, 1.4.1997 | 2724 | Pedro González Poveda | Ángel M. c. Jaime R. y "La Caixa" |
| 1ª, 12.3.1998 | 1286 | Luis Martínez-Calcerrada | Juan T. Y Carmen Ch. c. Diego R. |
| 1ª, 8.10.1998 | 7559 | Eduardo Fernández-Cid | Inés S. c. Antonio A., "Antonio Aragonés, SA" y "La Unión y el Fénix, SA" |
| 1ª, 21.11.1998 | 8817 | Alfonso Barcalá | María del Rosario F. c. Comunidad de propietarios del edificio Nautilus y "Mapfre, SA" |
| 1ª, 18.3.1999 | 1658 | Alfonso Barcalá | José Javier V. c. « ETUK, SA » |
| 1ª, 23.2.2001 | 2549 | Francisco Marín Castán | "Telefónica de España, SA" c. Antonio L., Manuel M. y Feliciana F. |
| 1ª, 27.9.2001 | 7129 | Ignacio Sierra Gil de la Cuesta | Montserrat F. c. Pascal G., "Compañía Aseguradora Mapfre" y Cristina R. |
| 1ª, 17.10.2001 | 8639 | Jesús Corbal | José A. c. "Asociación Deportiva Cultural Lur", Santiago L. y "Compañía de Seguros y Reaseguros Hermes, SA" |
| 1ª, 22.4.2002 | 3312 | Luis Martínez-Calcerrada y Gómez | Antonio c. Inés, Diego, Pilar y "General Ibérica de Protección e Instalaciones Industriales, SA" |
| 1ª, 17.3.2004 | 1926 | Pedro González Poveda | "Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA" c. "Compañía de Hidrocarburos, SA" |
| 1ª, 16.3.2004 | 3167 | Ignacio Gil Sierra de la Cuesta | Juan Pedro c. Ismael, Silvio y Cosme |
| 1ª, 2.4.2004 | 2051 | Román García Varela | Esteban c. "Fuerzas Eléctricas de Cataluña, SA" |
| 1ª, 12.5.2004 | 2736 | Ignacio Sierra Gil de la Cuesta | Claudia c. Lázaro |
| 1ª, 11.11.2004 | 6898 | Clemente Auger Liñán | Iñigo c. Don Luis María, Falconeti, SA y Banco Vitalicio de España C.A. DE Seguros y Reaseguros |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 2ª, 23.4.1992 | 6783 | Enrique Bacigalupo | Afectados del Síndrome Tóxico c. RAPSA y RAELCA |
| 2ª, 26.9.1997 | 6366 | Gregorio García Ancos | Afectados del Síndrome Tóxico c. Laboratorio Central de Aduanas, Manuel H. y Federico P. |
| 2ª, 29.5.2001 | 4575 | José Antonio Martín Pallín | Francisca E. c. Fernando Alejandro G. |
| 2ª, 5.9.2001 | 8340 | Joaquín Delgado García | Magdalena c. José, José Antonio, Moisés, Pedro Antonio, ASEMAS, MUSSAT y "La Equitativa, SA" |
| 2ª, 26.9.2005 | La Ley, nº 6369 | Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre | MF y acusación particular c. Víctor M. y Rafael |
| 3ª, 16.12.1997 | 8786 | Juan Antonio Xiol | Ana María S. c. Administración General del Estado |
| 3ª, 29.10.1998 | 8421 | José Manuel Sieira | Herminia P. c. Ayuntamiento de Suances |
| 3ª, 25.5.2000 | 6278 | José Manuel Sieira | Francisco D. c. Administración General del Estado |
| 3ª, 1.7.2002 | 6300 | Enrique Lecumberri Martí | Mª José R. M. c. Ayuntamiento de Crevillente |
| 3ª, 8.4.2003 | 3683 | Francisco González Navarro | Pilar F.F. c. Ayuntamiento de Gijón |
| 3ª, 22.11.2004 | 2005\20 | Ricardo Enríquez Sancho | Boliden Apirsa c. Administración General del Estado |

## *Audiencia Nacional*

| Fecha | Referencia | Magistrado ponente | Partes |
|---|---|---|---|
| 30.5.2001 | 1236 | Juan Carlos Fernández de Aguirre | Argensola G., Felipe C., Beatriz C. y María de los Ángeles C. c. Administración General del Estado |
| 20.3.2002 | La Ley, nº 4793 | Lourdes Sanz Calvo | Ana María B, Miguel Ángel G y Patricia G. c. Administración General del Estado |

## *Tribunales Superiores de Justicia*

| Fecha | Referencia | Magistrado ponente | Partes |
|---|---|---|---|
| TSJ de la Comunidad Valenciana, 2.1.2003 | 318 | Mariano Ayuso Ruiz-Toledo | Carolina, Frida, Pablo y Sergio c. «Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana» y Ayuntamiento de Valencia |

**UNIDAD II: CAUSALIDAD**

1) **LA REDUCCION DEL RESARCIMIENTO POR CULPA DE LA VICTIMA. REFLEXIONES A LA LUZ DEL ANALISIS DE ALGUNAS FUENTES ROMANAS. Lilian C. San Martín Neira.**

# La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas*

Lilian C. San Martín Neira**

Resumen: Este artículo se inserta en la discusión en torno a los criterios que deberían emplearse para efectuar la reducción del resarcimiento en caso de culpa concurrente de la víctima. Con el fin de contribuir a dicha discusión, el trabajo presenta un análisis sobre el sentido y alcance de la llamada *compensación de culpas* en derecho romano y su superación por obra de Christian Wolff. El trabajo pone de manifiesto que –al contrario de lo que generalmente se enseña– los juristas romanos contemplaron la posibilidad de repartir el daño entre víctima y agente, para lo cual se ocuparon de identificar criterios objetivos que permitieran una conexión entre la conducta de la víctima y la porción de riesgo que debía soportar.

Palabras clave: exposición imprudente al daño, culpa de la víctima, compensación de culpas.

* Este trabajo forma parte del Proyecto Anillo de Investigación Asociativa en Ciencias Sociales, "Estudios Histórico-Dogmáticos de Derecho Patrimonial Privado: Una mirada a los artículos de los libros II y IV del Código Civil de Chile", SOC 1111, de Conicyt.
Fecha de recepción: 19 de junio de 2014. Fecha de aceptación: 25 de agosto de 2014.
Para citar el artículo: L. C. San Martín N., "La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 35-67.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile). Máster y doctor en "Sistema Jurídico Romanista", *Università degli Studi di Roma* - "Tor Vergata" (Italia). Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Contacto: lsanmar@uahurtado.cl

## *Reduction in damages in cases of contributory negligence. Reflections in light of some Roman law's sources*

ABSTRACT: The paper discusses which criteria should be applied to calculate damages in cases of contributory negligence. It analyzes the meaning and scope of the so called *comparative negligence doctrine* in Roman law and how it was later abandoned after CHRISTIAN WOLFF's work. The paper shows that, contrary to current teachings, Roman jurists allowed the possibility of dividing the damages between the victim and the tortfeasor. These jurists identified objective criteria which served as a nexus between the behavior of the victim and the portion of risk that it had to assume.

KEYWORDS: Contributory negligence; victim's fault; comparative negligence doctrine.

SUMARIO: Introducción. I. La "compensación de culpas" y su superación. A. La supuesta regla de "todo o nada" en derecho romano. B. El surgimiento de la expresión "compensación de culpas". C. Superación de la supuesta regla de "compensación de culpas" en la obra de CHRISTIAN WOLFF. II. Concurrencia de culpas en derecho romano. A. Las fuentes romanas generalmente citadas en apoyo de la compensación de culpas se explican a la luz de otros principios. B. La repartición de responsabilidades entre víctima y agente según las fuentes romanas. 1. Disminución de la condena cuando la culpa de la víctima ha interferido en la producción del daño: D. 14.1.7 pr. 2. El no resarcimiento del mayor daño causado "*ex domini neglegentia*": D. 9.2.52 pr. Observaciones finales. Bibliografía.

## Introducción

Analizar el rol que jurídicamente corresponde a la víctima de un daño es esencial para distribuir adecuadamente los riesgos de la vida en sociedad, como ha sido reconocido desde antiguo; así, el derecho siempre se ha ocupado de analizar la influencia que la conducta de la víctima ha tenido en la producción y extensión del daño sufrido. Con tal objetivo, a partir del derecho romano se forjó la expresión *culpa de la víctima*. Sin embargo, las soluciones no han sido uniformes a lo largo de la historia, ni tampoco iguales en todos los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, hasta el siglo XX, en el *Common Law* se mantuvo la regla en virtud de la cual si la víctima había participado negligentemente en la producción de su daño, no tenía derecho a resarcimiento alguno. Por el contrario, los ordenamientos de corriente romano-germánica introdujeron desde temprano reglas que permiten un reparto de la responsabilidad entre víctima y agente, en aquellos casos en que ambos deben ser considerados *causantes del daño*, situación conocida como *culpa concurrente de la víctima*, por oposición a la *culpa exclusiva de la víctima*, que sí tie-

ne la virtud de exonerar de responsabilidad al agente. A través del Código Civil peruano de 1852, esta última corriente legislativa tuvo influencia en el Código Civil chileno (1855) y, con el correr de los años, se ha erguido como la solución uniformemente aceptada[1].

Así, según el artículo 2330 del Código Civil chileno[2], "la apreciación del daño estará sujeta a reducción cuando el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente"; pero el carácter sucinto de esta disposición ocasiona una serie de interrogantes, que es preciso contestar para entender a cabalidad la influencia de la conducta de la víctima en la determinación y extensión de la responsabilidad civil[3]. Con todo, este trabajo se limita a abordar en perspectiva histórica algunos aspectos relativos a la problemática de los factores a considerar por el juez a la hora de aplicar la reducción ordenada en el artículo 2330 y, por consiguiente, repartir la responsabilidad entre víctima y agente[4]. Este cuestionamiento es una constante en el análisis de la llamada *culpa de la víctima*[5], al punto que en la doctrina española se ha llegado a sostener que "el problema más grave asociado a la compensación de culpas en nuestro sistema es la falta de criterios jurisprudenciales sobre la repercusión económica que la culpa de la víctima puede tener en la reparación a que tiene derecho"[6].

1 *Vid.* Lilian C. San Martín Neira. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, *passim*.

2 Art. 2357 del Código Civil colombiano.

3 Entre otros, pueden mencionarse: (i) ¿qué diferencia hay entre la *culpa exclusiva de la víctima* y la situación regulada en el artículo 2330?; (ii) ¿la culpa de la víctima constituye un problema de culpa o de causalidad?; (iii) ¿puede hablarse de culpa de la víctima en caso de víctimas incapaces?; (iv) ¿procede la reducción contemplada en el artículo 2330cuando quien demanda es una víctima por rebote?; (v) ¿el artículo 2330tiene o no aplicación en la responsabilidad contractual?; (vi) ¿cómo se distingue la *asunción de riesgos* de la culpa de la víctima y qué relación hay entre ambos institutos?

4 Conviene destacar que el artículo en cuestión no alude a la hipótesis de *culpa exclusiva* de la víctima, que da lugar a exención de responsabilidad del agente, sino a la *concurrencia de culpas* entre víctima y agente. De esta manera, la norma tiene aplicación solo una vez que se ha determinado la responsabilidad del demandado y que conjuntamente con este ha concurrido la propia víctima. Sobre esta distinción en cuanto al ámbito de aplicación de la norma, véase Aguiar, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1950, p. 298; Ramón Domínguez Águila, *El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción (Concepción)*, n.º 136, 1966, p. 30; María Medina Alcoz, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractua*l, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 123 y 141; Philippe Le Tourneau. *La responsabilidad civil* (traducido del inglés por Javier Tamayo Jaramillo) Legis, Bogotá, 2004, p. 95.

5 Véase Marguerite Haller. *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, LGDJ, Paris, 1926, pp. 2 ss.; María Medina Alcoz, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., p. 194 ss.; Jörg Fedtke y Ulrich Magnus. *Contributory negligence under German law*, en Ulrich Magnus y Miquel Martín Casals (eds.), *Unification of tort law: Contributory negligence*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 75-98.

6 Cfr. Carlos Gómez Ligüerre, y José Piñeiro Salguero, . *Culpa del perjudicado*, en Pablo Salvador Coderch y Fernando Gómez Pomar (eds.). *Tratado de responsabilidad civil del*

Para efectuar la reducción del daño en virtud de la culpa concurrente de la víctima, la doctrina y la legislación comparadas conocen tres sistemas: (i) repartición en *partes viriles*[7]; (ii) consideración de la *gravedad de la culpa* de cada parte[8], y (iii) consideración de la *eficacia causal*, que propone una repartición objetiva sobre la base de la incidencia causal de cada conducta[9]. Por su parte, en Chile se han propuesto tres alternativas: (i) la *gravedad de las culpas* de ambas partes[10]; (ii) la *eficacia causal* del hecho de cada una de las partes[11], y (iii) una *combinación de ambos factores*, la intensidad de la culpa y la relevancia causal[12]. La jurisprudencia chilena pareciera inclinarse por la eficacia causal, pero en realidad no se pronuncia expresamente al respecto[13], aunque hay sentencias que reconocen una cierta discrecionalidad del juez en la materia[14].

*fabricante*, Thomson/Civitas, Navarra, 2008, p. 353.

7 Esta es la posición sostenida por parte de la doctrina francesa y se justifica básicamente en las dificultades que acarrea cualquier otro método de división. Cfr. HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Montchrestien, Paris, 1958², p. 342; HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de Derecho civil*, Parte segunda, vol. II (trad. castellana de ALCALÁ-ZAMORA y LUIS CASTILLO, ), EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 499.

8 JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *De la responsabilidad civil*, t. II, Temis, Bogotá, 1999, p. 383; MIGUEL ALEXANDRE. *A responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações*, en *Revista dos Tribunais*, vol. 92, n.º 809, 2003, p. 26; MIGUEL KFOURI NETO. *Graus da culpa e redução eqüitativa da indenização*, en *Revista dos Tribunais*, vol. 839, septiembre de 2005, p. 52 ss. Un análisis detallado del panorama brasileño en MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO. *A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função*, Renovar, Río de Janeiro, 2008, pp. 327 ss.

9 KARL LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I, trad. castellana de JAIME SANTOS BRIZ, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958, p. 226; GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 1998¹⁰, p. 148; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., p. 195.

10 SERGIO GATICA PACHECO. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 188.

11 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 574; DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil*, cit., p. 47; DAVID QUINTEROS FUENTES. *Sentencia sobre un caso de exposición imprudente al daño. Un análisis de su efecto moderador en la determinación del quantum indemnizatorio* (Corte de Apelaciones de Antofagasta), en *Revista de Derecho Universidad Austral*, Valdivia, vol. XXI, n.º 2, 2008, p. 283.

12 ENRIQUE BARROS BOURIE. *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 436.

13 *Vid.* QUINTEROS FUENTES. *Sentencia sobre un caso de exposición imprudente al daño. Un análisis de su efecto moderador en la determinación del quantum indemnizatorio* (Corte de Apelaciones de Antofagasta), cit., pp. 281 ss.

14 En tal sentido la Corte de Apelaciones de Concepción (Chile) sostuvo que la "reducción [establecida en el artículo 2330] no tiene ningún índice matemático, por lo que para fijarla es necesario examinar cada caso concreto y resolver prudencialmente. La reducción, en todo caso, debe estar en relación con la entidad de la imprudencia de la víctima". *Pérez Arrau María Francisca con Fisco de Chile (2011): Corte de Apelaciones de Concepción* (Chile), 15 de abril de 2011 (acción de indemnización de perjuicios), CL/JUR/3279/2011, Rol n.º 495-2010.

Por nuestra parte, estimamos que una herramienta útil para resolver el problema de la identificación de los factores que debe tener en cuenta el juez al momento de dividir la responsabilidad entre víctima y agente consiste en el análisis de las fuentes históricas en que se encuentra el origen de nuestro actual sistema de responsabilidad civil, específicamente, el derecho romano[15]. En consecuencia, este trabajo presenta una reflexión sobre la forma en que los juristas romanos resolvían estos casos de *culpa concurrente de la víctima*. Con tal propósito se realiza la exégesis de dos pasajes del Digesto en los que se presenta el problema de una *culpa de la víctima* y es posible apreciar el razonamiento conducente a resolver el asunto; pasajes que, por consiguiente, pueden ofrecer pautas para solucionar problemas semejantes en la actualidad.

Antes de comenzar con el análisis, debemos advertir respecto al empleo del derecho romano en la materia del artículo. En efecto, en la doctrina existe la idea más bien generalizada de que los juristas romanos habrían resuelto de manera idéntica los problemas atinentes a *culpa exclusiva* y a *culpa concurrente* de la víctima: en ambos casos habrían exonerado de responsabilidad al autor del daño. Según esta visión, tratándose de culpas concurrentes, en Roma habría regido la llamada *compensación de culpas*, siendo mérito de Christian Wolff el haber contemplado la posibilidad de repartir la responsabilidad. Sin embargo, esta posición generalizada es incorrecta, siendo necesario que nos detengamos un momento en este punto, antes de abordar el análisis de los dos fragmentos, ya que solo así puede entenderse el porqué de la utilidad de revisar el derecho romano para brindar respuestas al problema planteado en este análisis.

Por lo anterior, en la primera parte del trabajo se expondrá el problema de la *compensación de culpas* y su superación, para luego ocuparnos de la reducción del resarcimiento por culpa de la víctima en derecho romano; finalmente, expondremos nuestras observaciones conclusivas.

15 Sobre la importancia del estudio del derecho romano para dar soluciones a problemas jurídicos actuales, véase José Luis de los Mozos. *Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho*, en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, Roma, 1996; Sandro Schipani. *Rileggere i digesta. Enucleare i principii. Proporli*, en Andrea Trisciuoglio (ed.). *Valori e principii del diritto romano, Atti della Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; Patricio-Ignacio Carvajal. *Nuevas pautas investigativas en la ciencia jurídica (Derecho: ley y ciencia, sociedad e historia)*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, 2010.

## I. La "compensación de culpas" y su superación

### A. La supuesta regla de "todo o nada" en derecho romano

Como se anticipó, una opinión ampliamente difundida sostiene que en derecho romano habría operado una regla de *todo o nada*, o principio de *compensación de culpas*[16], en virtud del cual, si la víctima intervenía *culpablemente* en la producción del daño[17], no tenía derecho a indemnización alguna. La única excepción estaba dada por el caso en que el agente actuara con dolo, caso en el cual la antedicha compensación no operaba[18].

Dicho principio encontraría numerosas consagraciones en el *Corpus Iuris*[19] y estaría resumido en la regla formulada en D. 50.17.203:

> *Pomponius* 8 *ad q. muc. "Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire"*. [No se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño][20].

16 Sobre este concepto véase PASQUALE COPPA-ZUCCARI. *La "compensazione delle colpe"*, Società Tipografica Modenese, Modena, 1909, pp. 1 ss.; GIOVANNI PACCHIONI. *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, en *Rivista di diritto commerciale*, VIII, II, 2010, pp. 1032 ss.; HALLER. *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, cit., p. 68 ss.; DÉMÈTRE J. BARONCEA, *Essai sur la faute et le fait du creancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle)*, E. Duchemin, Paris, 1930, pp. 14 y 59 ss.; FREDERICK HENRY LAWSON. *Negligence in the civil law*, Latimer, Trend & Co. Ltd., Oxford, 1955, reimpr. 1962, pp. 53 ss.; JOSÉ MARÍA LEÓN GONZÁLEZ. *Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños (Especial consideración de la culpa de la víctima)*, en ALFONSO MURILLO VILLAR (coord.), *Actas del Congreso Interamericano y VII Congreso Iberoamericano de Derecho* Romano, Universidad de Burgos, Burgos, 2001, pp. 26 ss.; REINHARD ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Juta & Co.-Kluwer, South Africa-Deventer (Boston), 1992, p. 1047; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., pp. 193 ss.

17 Sobre qué entendemos por *intervención culpable de la víctima* véase SAN MARTÍN NEIRA. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., pp. 75 ss.

18 En este sentido se dice que cuando en la producción del daño concurrían el dolo del agente por un lado y la culpa de la víctima por el otro, en virtud de lo dispuesto en D. 9.2.9.4 y D. 9.2.31, el resarcimiento era igualmente debido, pues la culpa de la víctima no era suficiente para compensar el dolo del agente. Dicho de otro modo, el dolo absorbería la culpa de la víctima, a menos que esta también haya actuado con dolo, pues en tal caso se vuelve a la compensación. Véase COPPA-ZUCCARI. *La "compensazione delle colpe"*, cit., p. 28 y p. 42; CAMILLO SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, en *Rassegna giudiziaria*, año V, fasc. III-V, 1934, p. 27; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit, p. 1010.

19 D.9.2.9.4, D.9.2.11 pr., D.9.2.28.1, D.9.2.31, D.9.2.52.1; D.9.2.7.4; D.16.1.17 pr.; D.17.2.52.4; D.17.2.72; D.21.2.56.3; D.39.2.44 pr.; D.50.17.203.

20 Vale la pena citar en este punto la traducción realizada por TEIXEIRA DE FREITAS, pues exalta el elemento de autorresponsabilidad involucrado en el pasaje. Ella dice: "*Dano, quem o sofre por sua culpa, imputá-lo deve a si, não a outrem*": AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. *Regras de direito: seleção clássica em quatro partes*, Lejus, São Paulo 2000, p. 60.

Tal situación ha sido justificada de diversas maneras[21]: (i) para algunos, se trata de una aplicación del principio "*volenti non fit iniuria*"[22]; (ii) para otros, la negligencia del perjudicado interrumpe o altera el nexo de causalidad entre la culpa del agente y el daño[23]; (iii) para otros, se trata de un principio de *economía jurídica*[24]; y (iv) por último, se ha señalado que la regla era el fruto del sistema procesal romano, donde la rigidez de la fórmula permitía al juez solo condenar o absolver, impidiendo, en consecuencia, repartir el riesgo del daño sufrido entre agente y víctima[25].

**B. El surgimiento de la expresión "compensación de culpas"**

A pesar de los numerosos pasajes del Digesto que son citados en su apoyo, lo cierto es que la expresión *compensación de culpas* no tiene origen en el derecho romano. Así, según indica Castresana, los romanos jamás usaron dicha expresión. Será el glosador Bassiano († 1197) quien por primera vez hable de concausalidad y de la concurrencia y compensación de culpas a propósito del "*damnum inuria datum*" y de la responsabilidad aquiliana. Mucho tiempo después la Pandectística enseña el criterio de la '*Schuldkompensation*'[26]. En opinión de Cuturi, la razón del surgimiento de la expresión en cuestión se encuentra en que los glosadores consideraban que por ley la existencia de dos culpas privaba de toda eficacia a la relación obligatoria derivada del ilícito; es más, según tales autores la misma ley

21 Sobre ellas véase Savarese. *La compensazione delle colpe*, cit., pp. 44 ss.; Medina Alcoz. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., pp. 196 ss.

22 Así Demelius, cuyo pensamiento exponen Placido Benigni. *La così detta compensazione della colpe*, en *Revista Crititca di Diritto e Giurisprudenza* n.º 5-6, 7-8, 11-12, Napoli, 1906, pp. 27 ss.; Giovanni Pacchioni. *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, en *Rivista di diritto commerciale*, VIII, II, 1915, p. 1033; Candice, Vincenzo. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, Luigi Pierro, Napoli, 1920, p. 79; Savarese. *La compensazione delle colpe*, en *Rassegna giudiziaria*, cit., p. 46.

23 Así, Pernice, citado por Benigni. *La così detta compensazione della colpe*, cit., p. 4; Pacchioni. *Della codsidetta compensazione delle colpe*, cit., p. 1034; Candice. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 79 ss.; Blas E. Rossi Masella. *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1951, p. 193, y también por Lawson. *Negligence in the civil law*, cit., p. 54.

24 La expresión corresponde a Rossi Masella. *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, cit., p. 194, quien a su vez la atribuye a Ferrini. Sustancialmente en este mismo sentido se había pronunciado Pacchioni, para quien la regla consiste en "*una massima di diritto positivo introdotto dalla giurisprudenza colla quale, per ragioni di convenienza ed opportunità, si risolveva con un taglio netto un problema che avrebbe altrimenti dato luogo a gravi e quasi insuperabili difficoltà teoriche e pratiche*". Cfr. Pacchioni. *Della cosidetta compensazione delle colpe*, cit., p. 1034. Opinión seguida también por Candice. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 80 ss.

25 Así, Zimmermann. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 1047.

26 Cfr. Amelia Castresana. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 77.

excluía que surgiera la obligación y, en caso de controversia, el juez solo debía constatarlo y declararlo[27].

En síntesis, la expresión *compensación de culpas* no se encuentra en el *Corpus Iuris*; ella habría sido forjada durante el derecho medieval a partir de algunas disposiciones que hablan de *compensatione negligentiae*[28] y sobre la horma de la compensación de deudas, para indicar que cuando concurría la *culpa* de la víctima, la *culpa* del agente era anulada o *compensada*[29].

Cualquiera sea la razón y el origen de la expresión *compensación de culpas*, lo cierto es que durante el Medioevo esta institución fue utilizada para justificar la exclusión del resarcimiento en caso de *culpa de la víctima*, así como para explicar ciertas reglas relacionadas con la *utilitas contrahentium*. Así, se conjugaron las reglas relativas a la *culpa in eligendo* con D. 50.17.203 y los criterios de atribución de responsabilidad en el depósito[30]. Analizando tales reglas, los juristas medievales concluyeron que si se celebraba un depósito con un depositario negligente y la cosa se perdía por su culpa, el depositante carecía de acción para reclamar indemnización de perjuicios, porque él mismo había incurrido en culpa al no elegir bien a su contraparte, regla que se hacía extensiva a los varios tipos de contrato[31]. En síntesis, la culpa del depositante *compensaba* la culpa del depositario y, por consiguiente, este quedaba exento de responsabilidad.

De esa manera, se afirmó la idea de que en caso de mediar culpa por parte de quien sufría un daño no había lugar al resarcimiento, a menos que el autor del daño hubiera actuado con dolo[32]. Dicha idea se mantuvo prácticamente durante toda la vigencia del derecho precodificado, e incluso encontró acogida en los

27 TORQUATO CUTURI. *Trattato delle compensazioni nel diritto privato*, Società Editrice Libraria, Milano, 1909, p. 59; véase también pp. 91 ss. y 420ss., donde el autor, disintiendo de la doctrina inmensamente mayoritaria, explica que, a diferencia de los demás autores, BARTOLO y BALDO, "*avevano benissimo intuito il pensiero dei giurisconsulti romani (...)* [por consiguiente] *Nel caso (...) di semplice concorso della colpa o del dolo del danneggiato, la ragione al risarcimento vi sarà, ma ne sarà diminuita praticamente l'efficacia, secondo il giudizio che il magistrato dovrà dare*, ex bono et aequo, *della condotta di lui*". Cfr. ibíd., p. 431.

28 Cfr. D.16.2.10 pr.

29 Véase BENIGNI. *La così detta compensazione della colpe*, cit., p. 7; COPPA-ZUCCARI. *La "compensazione delle colpe"*, cit., p. 11 ss.; CUTURI. *Trattato delle compensazioni nel diritto privato*, cit., p. 56 ss.; CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 77; MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., pp. 196 ss.

30 Según las reglas de *utilitas contrahentium* en el depósito (a título gratuito) el depositario respondía exclusivamente por el dolo, al cual se asimilaba la culpa grave. Sin embargo, en opinión de Celso, si el depositario se comportaba en el cuidado del depósito de la misma manera que en el cuidado de las cosas propias, aunque fuera gravemente negligente, estaba exento de responsabilidad, pues no podía decirse que hubiera actuado dolosamente. CELSO, D.16.3.32.

31 En este sentido véase el comentario de JUAN BASIANO (s. XII) a D.50.17.203 en IHOANNES BASSIANVS. *De regulis Iuris*, ed. de SEVERINO CAPRIOLI y FERDINANDO TREGGIARI, Maggioli Editore, Rimini, 1983, p. 98.

32 Véase P. 7.25.6.

primeros intentos de codificación del derecho germano[33]. Así, en su *Comentario sobre la culpa* de 1761, Friedrich Pufendorf afirma que cuando el daño sufrido proviene de *culpa* propia y la otra parte no está en culpa, o bien su culpa es de un grado igual al del perjudicado, no hay lugar a la indemnización, porque el daño proviene de la propia víctima[34].

### C. Superación de la supuesta regla de "compensación de culpas" en la obra de Christian Wolff

Una vez generalizada la regla de la compensación de culpas, que como vimos no es como tal romana, su superación será mérito de Christian Wolff (1679-1754)[35]. En el sentido tradicional, sostiene Castresana, "va a ser Christian Wolff el primero en hacer quebrar esta firme tesis sobre la exclusión de responsabilidad *ex damno* en caso de concurrencia de culpas del agente y de la víctima. Wolff se aleja definitivamente de aquel obligado dogma romanístico del "todo o nada" que expresa la fórmula procesal y admite el prorrateo de daños de acuerdo con el grado de culpabilidad en el que haya incurrido la víctima cuando, con su propia intervención, se coloca en situación de *damnum*"[36].

En efecto, partiendo siempre de la supuesta *culpa in eligendo* del depositante, Wolff afirma que si el depositante entrega la cosa a un depositario negligente, incurre en culpa[37]; pero, agrega, la culpa del depositante no libera al depositario,

33 La aplicación extensiva del principio de compensación de culpas encontró cabida en el Código de Baviera, *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756, cuya P. IV. Cap. I, § 20, n. 4 establecía que el culpable de un daño o de la pérdida, en materia contractual, no podía solicitar el resarcimiento a la otra parte que hubiera incurrido igualmente en culpa. El mismo principio se encontraba en el Código Civil sajón, *Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen* de 1863, que en su § 688, referido a los contratos, establecía que el perjudicado no puede solicitar el resarcimiento del daño que él hubiera podido evitar con el empleo de la diligencia del atento padre de familia, excepto en el caso en que el hecho lesivo se remontara a dolo ajeno; principio reforzado en materia extracontractual, donde el § 781 establecía que quien acarrea daño a sí mismo no puede pretender algún resarcimiento. Benigni. *La così detta compensazione della colpe*, cit., pp. 56 ss.

34 *Vid.* Esaias von Frederich Pufendorf. *De culpa comementatio juris naturalis et civilis*, Lemgovie, Meier, 1741, P. III, Cap. II, § I, p. 155.

35 Sobre el punto véase Peter Aumann. *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*, Universität Hamburg, Hamburg, 1964; Klaus Luig. *Überwiegendes Mitverschulden*, en *Ius Commune*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969², pp. 189 ss.; Zimmermann. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 1010ss. y 1047-1048; Medina Alcoz. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., pp. 193 ss.

36 Cfr. Amelia Castresana. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., 2001, p. 85. Un desarrollo más extenso de esta idea puede verse en José Carlos Brandão Proença. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputaçao do dano extracontractual*, reimpr., Coimbra, Almedina 2007, pp. 353 ss.

37 "*Si deponens rem cuftodiendam commitit homini, quem negligentem effe novit, & negligentia ejes detur damnum; ipse in culpa eft*" ["Si alguien entrega en depósito una cosa a un hombre, que él sabe

sino que el daño debe ser dividido en proporción a las respectivas culpas[38]. En síntesis, si la cosa pereciere o se deteriorase en manos del depositario negligente, el daño debe ser repartido entre depositante y depositario, en razón de la culpa de cada uno[39].

La doctrina de este autor será recogida en el Código Civil prusiano (ALR, 1794), el cual contiene reglas que conllevan una parcial superación del *todo o nada*, sobre la base de la gravedad de las culpas alegadas y el carácter *mediato* o *inmediato* del daño sufrido[40].

Más tarde, tal doctrina sería recogida en el Código Civil austriaco (ABGB, 1811), y desde aquí pasaría a ser conocida por el resto del mundo[41]. En cuanto

que es negligente, y por causa de esta negligencia ha acaecido un daño, el mismo [depositante] está en culpa"]. Cfr. WOLFF, Christian. *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völckerrechts*, Georg Olms, Hildesheim-New York, 1968-1972, pars. IV, cap. III, § 590.

38 "*Si damnum tuum colliditur cum damnum alterius, nec uterque veftrum vacat; illud dividendum eft in ratione culpa*" ["Si tu daño coincide con el daño de otro, sin que ninguno esté libre de culpa, el daño debe dividirse en razón de la culpa"]. Cfr. WOLFF. *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völckerrechts*, cit., pars. II, cap. III, § 632. WOLFF propone una división matemática de la responsabilidad entre víctima y victimario (acreedor y deudor), pues, en cuanto profesor de matemáticas y de Derecho, consideraba que este último era el conjunto de las proposiciones jurídicas ordenadas en el mismo modo en que se agrupan las proposiciones de la matemática, algo que ya había propuesto en su *Filosofía práctica universal* (véase PAOLO BECCHI. *Giuristi e principi*, Compagnia dei Librai, 2000, p. 133). En lo que atañe al espíritu matemático de WOLFF se ha dicho que "*Like many other philosophers of the Modern period, such as Descartes, Hobbes, and Spinoza, Wolff believed the method of mathematics, if properly applied, could be used to expand other areas of human knowledge. Perhaps more so than any of his contemporaries, Wolff took this style of exposition to an extreme*". Cfr. MATT HETTCHE, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, CHRISTIAN WOLFF, en línea, consultado el 11 de junio de 2014, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/wolff-christian/#PriSufRea>. Para una breve síntesis sobre el pensamiento de WOLFF en relación al método matemático, véase MAURICIO BEUCHOT. *El proyecto de una ciencia universal en Cristian Wolff*, en línea, consultado el 11 de junio 2014, disponible en: <http://www.elementos.buap.mx/num03/pdf/37.pdf>).

39 "*Si deponens rem cuftodiendam committit homini negligenti, quem negligentim effe novit, vel noffe poterat, & res deposita negligentia depofitarii vel perit, vel deterioratur; damnum inter deponentem & depofitarium dividendum in ratione culpa utriusque*" ["Si alguien entrega en depósito una cosa para que la cuide a un hombre, que él sabe que es negligente, o bien habría podido saberlo, y la cosa depositada, por negligencia del depositario perece o bien sufre daño, el daño debe ser dividido entre el depositante y el depositario en razón de la culpa de cada uno"]. Cfr. CHRISTIAN WOLFF (1968-1972): *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völckerrechts*, Hildesheim-New York, Georg Olms, pars. IV, cap. III, § 591.

40 Bajo este código, si el perjudicado actuaba con culpa leve o levísima y el agente con culpa grave, este debía todo el resarcimiento; si el perjudicado actúa con culpa grave y el agente también con culpa grave, se deben solo los daños inmediatos; si el perjudicado actúa con culpa grave y el agente con culpa leve o levísima, no es debido ningún resarcimiento. Véase *Código Prusiano*, I Parte, Tit. VI, §§ 18 a 21. Véase una traducción al inglés de estas reglas en LAWSON. *Negligence in the civil law*, cit., pp. 57 ss.

41 ABGB § 1304: "*Se nel danno concorra anche la colpa del danneggiato, questi lo sopporta proporzionalmente coll'autore del danno, e se non può determinarsi la proporzione lo portano in parti uguali*". El texto italiano tiene también el carácter de 'versión oficial', gracias a la promulgación que se hizo del ABGB en el Reino Lombardo-Veneto, donde estuvo en vigor desde 1866. Esta versión, con

a la forma en que debe realizarse la repartición, el ABGB solo señala que debe ser *proporcional*, pero se entiende que dicha proporción es en razón a la gravedad de la culpa de cada parte[42], tal y como proponía WOLFF. Sin embargo, dado que el mismo jurista reconocía las dificultades prácticas de su planteamiento[43], el ABGB agregó una regla complementaria, en virtud de la cual, cuando la proporción no pueda determinarse, la repartición se hace *en partes iguales*.

Es importante señalar que la doctrina chilena que se ha ocupado de este argumento indica a tales disposiciones como la fuente directa del artículo 2330del Código de Bello. En este sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA afirma: "BELLO cita como fuente al art. 2199 del código prusiano; pero [la regla] también se encontraba en el art. 1304 del código austríaco que parece haber sido más bien el inspirador de dicha norma"[44]. En efecto, la nota al artículo 2494 del Proyecto de 1853, correspondiente al actual 2330, señala: "C.P. 2199"; sin embargo, quien haya consultado o simplemente revisado la estructura del ALR advierte de inmediato que BELLO no podía referirse a este Código, toda vez que él carece de un artículo 2199, pues no contiene una enumeración correlativa de artículos, sino que está dividido en partes, títulos y párrafos, y las disposiciones relativas a la culpa de la víctima se encuentran en la Parte I, tit. VI, §§ 18 a 21. Así, la inspiración del citado artículo 2330necesariamente proviene de alguna otra de las fuentes utilizadas por BELLO, y la comparación evidencia que se trató del Código Civil peruano de 1852, que precisamente en su artículo 2199 contiene una disposición casi idéntica a la del artículo 2330[45]. Esta conclusión es avalada por los dichos de GUZMÁN BRITO, quien señala que esta fue la única referencia de BELLO al Código peruano y que los editores del proyecto, pensando que era un error, cambiaron la sigla original (C. Per.) por C.P., que era la sigla utilizada por BELLO para referirse al

uno de sus comentarios más famosos, el de GIOACHINO BASEVI. *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, en línea, consultado el 11 de junio de 2014, disponible en: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22101934%22>.

42 En este sentido la doctrina expresamente sostiene: "*The damage is apportioned in proportion to the seriousness of either party's misconduct*". Cfr. MONIKA HEINTEREGGER. *Contributory negligence under Austrian law*, en MAGNUS ULRICH y MIQUEL MARTÍN CASALS (eds.). *Unification of tort law: contributory negligence*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 9.

43 Así ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 1048.

44 Cfr. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno*, en *Roma e America* 10, 2000, p. 124. La misma idea repite en RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil, con especial referencia al Derecho Chileno*, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* n.º 209, enero-junio de 2001, p. 22. En el mismo sentido, GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ (redactor). *Código Civil y leyes complementarias*, Santiago, 1998², p. 240; CLAUDIA BAHAMONDES y CARLOS PIZARRO. *La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIX, 2012, p. 41.

45 Textualmente este artículo señala: "La estimación del daño es sujeta a reducción, si el que lo sufrió se ha expuesto a él imprudentemente".

Código prusiano[46]. Así se explica entonces el error histórico en que ha incurrido la doctrina civilista chilena.

## II. Concurrencia de culpas en derecho romano

### A. Las fuentes romanas generalmente citadas en apoyo de la compensación de culpas se explican a la luz de otros principios

Conforme a lo señalado en el título precedente, el resultado *todo o nada* consecuencia de la visión medieval de la *compensación de culpas* fue definitivamente superado en el derecho germánico gracias a la obra de CHRISTIAN WOLFF, quien estableció como criterio para la división de responsabilidades la gravedad de las respectivas culpas.

Sin embargo, precisamente desde finales del siglo XIX se ha venido cuestionando que los romanos hayan efectivamente aplicado la regla de *todo o nada* o principio de *compensación de culpas*[47], pues, como reconoce ROSSI, al lector atento no se le escapa "que todos o casi todos los textos mencionados, que dan lugar a la exoneración de la responsabilidad del autor del daño por mediar la culpa de la víctima, podrían interpretarse con las mismas consecuencias sin utilizar este principio"[48].

En efecto, el que participa de un acto deportivo se expone voluntariamente a los riesgos que conlleva tal actividad; además, dado que la lesión se produce sin haber infringido las reglas del juego, el agente no comete *iniuria*, presupuesto básico de la responsabilidad aquiliana (D. 9.2.11). Tampoco comete *inuria* quien se ejercita en el campo de tiro (D. 9.2.9.4)[49], o el que poda un árbol en lugar privado donde no hay camino (D. 9.2.31). El tabernero que se defiende del ladrón actúa en legítima defensa (D. 9.2.52.1). Solamente en el caso de quien se deja rasurar por un barbero que coloca su silla en un lugar peligroso (D. 9.2.11 pr.) podría establecerse la exoneración de responsabilidad del barbero en razón de

46 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thomnson/Aranzadi, Navarra, 2006, p. 209, nota 47.

47 Como puede advertirse de la bibliografía citada en este trabajo, en la literatura italiana de principios del siglo XX hay numerosas obras dedicadas al argumento "*della cosiddetta compensazione delle colpe*", o sea, "de la llamada compensación de culpas".

48 Cfr. ROSSI MASELLA. *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, cit., p. 191.

49 A propósito de este pasaje señala CASTRESANA: "es claro que el '*intempestive*' que califica la conducta del *servus* hace de ésta la única acción culpable del caso y, por ello, es la propia víctima, el *servus*, con su intervención la que se coloca en la situación de *damnum*. Además, WOLLSCHLÄGER ha observado, con razón, que en este caso no hay en el conjunto causal dos orígenes distintos de culpabilidad, dado que el lanzador no ha hecho un lanzamiento culpable, y lo que finalmente sirve a la decisión del supuesto aquí planteado es el origen de la culpa. El esclavo es productor de su propia muerte ya que no debía estar en la zona de tiro. No hay concurrencia de culpabilidades": CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 75.

la culpa del cliente; sin embargo, en este caso podría hablarse de asunción del riesgo por parte de la víctima, que acepta ser rasurada consciente del peligro que ello significa[50].

Tratándose de pasajes relacionados con la responsabilidad contractual, la solución se explica recurriendo a reglas propias de este régimen. Así, el depositario responde exclusivamente por su dolo (y luego de *culpa lata*), en razón de la *utilitas contrahentium* (D. 16.3.20). La obligación del vendedor es garantizar al comprador el goce pacífico de la cosa durante el tiempo necesario para adquirirla por prescripción; si esta no se verifica por *culpa* del comprador, la conducta de este interrumpe el nexo de causalidad entre el hecho del vendedor y el daño sufrido (D. 21.2.56.3). La sociedad es un contrato de confianza, los socios se conocen mutuamente, eso justifica que algunos juristas sostuvieran que la diligencia debía apreciarse en concreto y, por consiguiente, no cabía exigir responsabilidad al socio conocidamente negligente (D. 17.2.72).

En síntesis, si bien en el *Corpus Iuris* se han identificado diversos pasajes en que la *culpa de la víctima* actúa como eximente de responsabilidad, de ellos no se sigue que en Roma hubiera regido un principio de *compensación de culpas*, pues falta la *ilicitud* de la conducta del agente[51], ya sea por ausencia del elemento *iniuria* o porque el perjudicado asumió el riesgo de la lesión. Por tanto, de esos mismos pasajes no es posible deducir que, una vez demostrada la responsabilidad del agente (*damnum* e *iniuria*), la culpa de la víctima hubiera sido en todo caso suficiente para eliminar esta responsabilidad. Ni siquiera D. 50.17.203 es suficiente para hacer una generalización en tal sentido, pues es perfectamente posible que en el caso concreto el jurista hiciera referencia a un caso de *culpa ex-*

50 Zimmermann. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 1013. Véase la opinión contraria de Coppa-Zuccari, para quien este es precisamente un ejemplo de la forma en que operaba la llamada compensación de culpas. En concreto, este autor afirma: "*il radere, come il farsi radere in luogo tanto pericoloso costituisce colpa; ed al barbiere come allo schiavo è quindi imputabile l'effetto dannoso sopravvenuto.- Perciò riteniamo anche noi che in questo passo si consideri in caso di c.d. C., risoluto con la statuizione della irrepetibilità del danno da colpa comune: ogni risarcimiento è escluso*": Coppa-Zuccari. *La "compensazione delle colpe"*, cit., pp. 33-34. En el mismo sentido Candice. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 76 ss. En el mismo sentido Castresana, quien afirma: "más que de concurso de culpas, hay que hablar aquí de asunción voluntaria de un riesgo –que se conoce o se ha podido prever– por parte de la víctima, como causa de exclusión de responsabilidad para el agente que ha intervenido en el *damnum dare*": Castresana. *Nuevas lecturas* de *la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 104.

51 En este sentido, se ha dicho que "*i giuristi romani esigono la* culpa, *il comportamento colposo di chi sembra causa fisica dell'avvenimento. Perciò negano l'azione se l'autore materiale del danno abbia agito come un* diligens pater familias *nello svolgimento del negozio giuridico ed invece la* culpa *sia insita nella persona del leso*": Benigni. *La così detta compensazione della colpe*, cit., p. 9. Véase también Coppa-Zuccari. *La "compensazione delle colpe"*, cit., pp. 26 ss., quien destaca que en prácticamente todos los casos citados como ejemplos de la "llamada compensación de culpas", en realidad, falta el elemento de la 'culpa común', es decir, se trata de culpa exclusiva de la víctima. En el mismo sentido véase Candice. *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, cit., pp. 64 ss.

*clusiva de la víctima*, cosa que no sabemos, pues no disponemos de los elementos suficientes para reconstruir los hechos[52].

En conclusión, los pasajes citados por la doctrina para fundar la regla todo o nada se explican más bien a la luz de otras reglas y no aluden a casos de *culpa concurrente* de la víctima. Se trata de casos en que la víctima es la única responsable del daño sufrido; por tanto, modernamente tampoco darían lugar a una disminución del resarcimiento, sino a una exención de responsabilidad[53].

### B. La repartición de responsabilidades entre víctima y agente según las fuentes romanas

Tras asumir que en el *Corpus Iuris* no se encuentran aplicaciones concretas de la compensación de culpas, el mayor argumento de quienes afirman que en Roma regía este principio es la ausencia de ejemplos en sentido contrario[54]. Así, LAWSON reconoce que los pasajes que cita para ilustrar la regla constituyen situaciones en que el agente derechamente no es responsable, y que de ellos no se desprende cuál era la solución romana para el caso de *concurso de culpas*, pero, agrega, es de suponer que se seguía el mismo principio de exoneración que operaba en caso de *culpa exclusiva de la víctima*, pues si la solución hubiese sido distinta habría noticias de ello[55].

Sin embargo, un análisis detenido de las fuentes evidencia que los juristas romanos sí contemplaron la posibilidad de repartir la responsabilidad entre víctima y agente. En efecto, de algunos pasajes del Digesto se desprende que la *culpa del perjudicado* en la generación del daño podía actuar no solo como eximente, sino

52 Tajantemente en el sentido de que D. 50.17.203 se refiere precisamente a un caso de "culpa exclusiva de la víctima", véase COPPA-ZUCCARI. *La "compensazione delle colpe"*, cit., p. 27.

53 La doctrina civilista reconoce que si no ha habido culpa por parte del agente, no cabe aplicar las reglas de disminución del *quantum respondeatur*, pues estas se refieren al caso de *culpas concurrentes*. En caso de *culpa exclusiva de la víctima* el problema se resuelve exclusivamente en el plano de la causalidad y no hay responsabilidad alguna del agente. DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil*, cit., p. 37; LE TOURNEAU. *La responsabilidad civil*, cit., p. 95. En el mismo sentido se ha dicho que "si la culpa de la víctima aparece como causa exclusiva del daño, porque su conducta ha sido para el agente algo imprevisible, o previsible pero inevitable, absorbe integralmente la causalidad": MEDINA ALCOZ. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, cit., p. 141; véase también p. 158, donde la autora agrega: "la explicación de la exoneración del agente dañoso en el caso de culpa exclusiva de la víctima se encuentra exclusivamente en la *causalidad* y no en el carácter culpable o no de la conducta de ésta". Similarmente se ha dicho: "si el daño deriva exclusivamente de la culpa de la víctima no hay delito ni cuasidelito y, en consecuencia, tampoco responsabilidad": AGUIAR. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, cit., p. 298.

54 Expresamente en este sentido SAVARESE, quien afirma: "*La rigorosità del principio* quod quis ex culpa sua… *non ha permesso ad alcuno di portare un solo esempio di ripartizione nel diritto romano della responsabilità tra denneggiato e danneggiante per un danno causato dalla colpa comune, e di una quantunque, in questi casi responsabilità del terzo*": SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, cit., pp. 25-26.

55 Cfr. LAWSON. *Negligence in the civil law*, cit., pp. 53 ss.

también como atenuante de responsabilidad, siempre y cuando existieran criterios objetivos sobre la base de los cuales efectuar la disminución del resarcimiento. En esta parte del trabajo se ofrecen dos ejemplos de lo que venimos diciendo[56].

### 1. *Disminución de la condena cuando la culpa de la víctima ha interferido en la producción del daño: D. 14.1.7 pr.*

El primer ejemplo que demuestra la aptitud de la culpa de la víctima para atenuar la responsabilidad del agente es una opinión de Juliano –que llega a través de Africano– en materia de '*actiones adiecticiae qualitatis*'[57], contenida en D. 14.1.7 pr.:

> *Africanus* 8 *quaest.* "*Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam. respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari*". [Lucio Ticio puso a Stico por patrón de una nave, y habiendo éste recibido dinero en mutuo, aseguró que lo había recibido para reparar la nave; se preguntó ¿acaso no quedaría obligado Ticio por la acción ejercitoria de otro modo, que si probase el acreedor que el dinero se invirtió en la reparación de la nave? Respondió, que el acreedor ejercitaría la acción útilmente, si, cuando se prestase el dinero, la nave hubiese estado en situación de que debiese ser reparada; porque así como no conviene que el acreedor sea obligado a esto, a que él mismo cuide de que sea reparada la nave, y sea gestor de un negocio del dueño, lo que ciertamente habría de suceder si tuviera necesidad de probar que el dinero se gastó en la reparación, así también se ha de exigir esto, que sepa que

56 Otros ejemplos, referidos principalmente a la culpa de la víctima en la agravación del daño, pueden verse en San Martín Neira. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, cit., *passim*.

57 Sobre estas acciones en general véase Emilio Betti. *Diritto romano*, Cedam, Padova, 1935, pp. 127 ss.; Cristiano Federico Glück. *Commentario alle pandette, libros XIV-XV*, trad. al italiano de Bonfante, P., Società Editrice Libraria, Milano, 1907, pp. 1 ss.; Zimmermann. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 51 ss.; Riccardo Fercia. *Criterî di responsabilità dell'exercitor*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 1 ss.; Riccardo Fercia. *Responsabilità per fatto degli ausiliari nel diritto romano*, Cedam, Padova, 2009, pp. 1 ss.

> él presta para aquella cosa para la que cualquiera haya sido nombrado patrón; lo que verdaderamente no puede suceder de otro modo, que si además supiere esto, que es necesario el dinero para la reparación. Por lo cual, aunque la nave se hubiere hallado en estado de ser reparada, pero se hubiere prestado mucha mayor cantidad de dinero de la que para tal objeto fuese necesaria no debe darse por el todo acción contra el dueño de la nave].

Este pasaje proviene de las *Quaestiones* de AFRICANO, pero la verdadera paternidad de la solución contenida en el pasaje corresponde a JULIANO[58], de quien AFRICANO habría sido discípulo[59].

El problema analizado en el pasaje se refiere a la posibilidad de ejercer la *actio exercitoria* y al resultado que con ella se podía lograr; por consiguiente, resulta útil recordar algunos aspectos relacionados con esta acción. La *actio exercitoria* correspondía a la acción que el pretor daba contra un armador (*exercitor*) cuando se había celebrado con el capitán de la nave (*magister navis*) un negocio concerniente a la gestión de la misma, conforme a las órdenes dadas por el armador, a fin de obtener todo aquello que era exigible en virtud del contrato[60].

En el marco del contrato con el armador, el *magister navis* recibía órdenes o instrucciones sobre el modo en que debía conducir los negocios que se le encargaban. Estas órdenes iban incluidas en la *lex praepositionis*, en fuerza de la cual el *magister* quedaba autorizado para celebrar todas las convenciones necesarias para el desarrollo de la gestión que se le encargaba[61]. Si él actuaba conforme a sus instrucciones, el armador quedaba obligado plenamente frente al tercero por todos los contratos celebrados[62].

58 Así EMILIO COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Casa Editrice Luigi Battei, Parma, 1891, p. 68. Por lo demás, el mismo jurista sostiene que la solución es de un tercero, pues usa el verbo responder en tercera persona: "*respondit*", y con toda seguridad se trata de JULIANO.

59 AFRICANO fue contemporáneo de JULIANO (s. II d. C.) y hay pleno acuerdo en que habría sido discípulo de este; en razón de ello, existe una fuerte conexión entre las *Quastiones* de AFRICANO y la obra de JULIANO, tanto así que se considera demostrable que, en algunos casos, donde aparece simplemente el *ait respondit* y expresiones similares, debe entenderse: "JULIANO responde o dice": cfr. FRITZ SCHULZ. *Storia della giurisprudenza romana*, trad. italiana de GUGLIELMO NOCERA, Sansoni, Firenze, 1968, pp. 144 ss.; RICCARDO ORESTANO. S.v. *"Africano Sesto Cecilio"*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I (1), Utet, Torino, p. 392.

60 Cfr. GLÜCK. *Commentario alle pandette, libros XIV-XV*, cit. p. 8. Véanse COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 29 ss.; PIETRO BONFANTE. *Corso di diritto romano*, vol. IV, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 362 ss.; FRANCESCO DE MARTINO, . *Studi sull'actio exercitoria*, en *Rivista di diritto della navigazione*, año VII, n.º 1-2, 1941, pp. 5 ss.; SIRO SOLAZZI. *L'età dell'actio exercitoria*, en *Rivista di diritto della navigazione*, año VII, n.º 3-4, 1941.

61 Véase COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 64 ss.; DE MARTINO. *Studi sull'actio exercitoria*, cit., pp. 5 ss.

62 Cfr. GLÜCK. *Commentario alle pandette, libros XIV-XV*, cit., p. 10; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., p. 52.

Sin embargo, respecto del dinero recibido en mutuo por el capitán, la cuestión no es del todo pacífica. Según refiere Ulpiano, el mutuante tenía siempre acción contra el armador por los dineros efectivamente invertidos, pero respecto de aquellos malversados por el capitán tenía acción solo cuando (mediante una *lex contractus*[63]) se hubiere declarado el destino que se le daría al dinero (D. 14.1.1.8-9). Sin embargo, la doctrina no está de acuerdo sobre la autenticidad de estas soluciones, y precisamente en este contexto se sitúa D. 14.1.7 pr.

Dicho pasaje trata de un acreedor que prestó dinero para la reparación de una nave, que luego fue malversado por el *magister navis*. En la celebración del contrato se dijo expresamente que los dineros eran para la reparación de la nave, con lo cual, en virtud de lo sostenido por Ulpiano en D. 14.1.9, el mutuante quedaría a salvo de la malversación, es decir, procedería la *actio exercitoria* contra el armador. Sin embargo, a fin de establecer si efectivamente procede la acción contra el propietario, el jurista analiza *la necesidad que presentaba la nave de ser reparada*. Así, afirma que si la nave efectivamente necesitaba reparaciones, el acreedor tiene derecho a ejercitar la acción, de lo contrario no. Además, agrega, en caso que la nave efectivamente hubiere necesitado reparaciones, pero la cantidad prestada hubiere excedido lo necesario para llevarlas a cabo, el mutuamente podrá recuperar la cantidad necesaria para las reparaciones, incluso en caso de que no se hubieren realizado. En definitiva, el mutuamente que quiere asegurar la devolución íntegra del préstamo debe cerciorarse de que la cantidad prestada corresponda a la necesaria para reparar la nave.

En este punto surge la pregunta: ¿cómo se explica que el mutuante tenga que cerciorarse de la necesidad del dinero mutuado? En opinión de Costa, esto se explica por la combinación de dos factores: (i) el fundamento de la *praepositio* es la voluntad del *praeponens* (el armador) de celebrar los negocios ejecutados por el *praepostus* (*magister navis*)[64], y (ii) la *praepositio* se integra tácitamente con la facultad de realizar todos los actos necesarios para la gestión del negocio encomendado[65]. Así, cuando la nave necesitaba reparaciones, se entendía que el *magister navis* estaba tácitamente autorizado para celebrar el mutuo necesario. En consecuencia, la necesidad del mutuo era indispensable para que surgiera la obligación de restitución del armador. Por el contrario, de no haber sido necesario, decaía la presunción de que este habría prestado su voluntad para la celebra-

63 De Martino. *Studi sull'actio exercitoria*, cit., p. 10; Giannetto Longo. *Actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio quasi institoria*, en Giuseppe Grosso. *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. II, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1972, p. 591.

64 Esto es también lo que nos dice Gayo en Gai. 4.71. Aunque la doctrina discute sobre la autenticidad de este pasaje. Para la tesis negativa, véase Solazzi. *L'età dell'actio exercitoria*, cit., p. 29. En el lado opuesto véase Longo. *Actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio quasi institoria*, cit., pp. 581 ss.

65 Costa. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 64 ss.

ción del contrato[66]. La opinión de este autor aparece convincente. Ciertamente el armador no habría autorizado la celebración de un mutuo innecesario; por consiguiente, un mutuo semejante quedaba fuera de la *praepositio* y el armador no resultaba obligado a restituir el dinero.

Sin embargo, dicho razonamiento debería llevar a que el *praeponens* tampoco quedara obligado cuando el *praepostus*, en el ejercicio de su encargo, cometiera un ilícito, pues también este caso queda claramente fuera de la *praepositio*; no obstante, el mismo autor refiere dos casos relativos a la *actio institoria*[67] (D. 14.3.5.8 y D. 14.3.9), en que el *praeponens* se obliga para con el tercero en virtud de un acto ilícito del *praepostus*. En definitiva, concluye este autor, para que nazca la obligación entre el *praeponens* y el tercero basta que el hecho del *praepostus* sea ejecutado en el ámbito del negocio para el que fue *praepostus*, sin importar que se trate de un contrato o bien de un delito[68]. De esta manera, el mismo autor contradice su razonamiento y la respuesta proporcionada para justificar la solución del pasaje bajo análisis resulta insuficiente.

La doctrina ha intentado otra posible respuesta. Así, DE MARTINO afirma que la opinión de JULIANO se debe a un cambio en el modo en que operaba el mutuo al interior de la *praepositio*. A diferencia de otros, este autor afirma que el mutuo –incluso cuando era necesario para la reparación de la nave– no entraba en la *praepositio*, sino cuando había sido expresamente incorporado. En consecuencia, para que el armador se obligara con el mutuante era siempre necesaria una *lex contractus* de que el dinero sería invertido en la reparación de la nave y, además, que fuera efectivamente empleado en ello. Desde esta perspectiva, la opinión de JULIANO habría disminuido las exigencias de la *lex contractus*, estableciendo el requisito menos estricto de la *necesidad* en el lugar del *empleo efectivo*. Se trataría de una solución más adecuada a los usos del tráfico marítimo, pues la otra forma hacía casi imposible que el *magister navis* encontrara a alguien dispuesto a prestarle el dinero[69]. En definitiva, según esta tesis, JULIANO habría ideado una solución que conjugaba los intereses de todas las partes involucradas.

66 Cfr. ibíd., p. 66.

67 La *praepositio* es un elemento común de las acciones *institoria* y *excercitoria*, regida en ambos casos por las mismas reglas. Véase COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 44 ss.; SOLAZZI. *L'età dell'actio exercitoria*, cit., p. 193.

68 Cfr. COSTA. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., pp. 70-73. Sobre la responsabilidad del *excercitor* por el hecho ilícito del *praepostus*, véase FERCIA. *Criterî di responsabilità dell'exercitor*, cit., pp. 2 ss.

69 Véase DE MARTINO. *Studi sull'actio exercitoria*, cit., pp. 13 ss. Esta opinión es sustancialmente seguida por LONGO. En efecto, este autor, después de haber señalado que el pasaje no es original, sino que sufrió modificaciones de contenido, afirma: "*il giurista diceva, assai pianamente e in una coerenza limpida con la nota corrispondenza tra* praepositio *e sue conseguenze, che quando le riparazioni, in realtà, avessero dovuto operarsi, il mutuo bene era stato contratto e il creditore bene avesse potuto rivolgersi contro l'*exercitor". Cfr. LONGO. *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, cit., p. 593.

Ahora bien, sin duda, cuando el mutuo no había sido autorizado expresamente, la jurisprudencia romana se planteaba el problema de si él estaba o no incluido en las facultades del *magister*, o sea, si daba o no origen a la acción contra el *exercitor*, sin que hubiera pleno consenso al respecto[70]. Por tanto, sea que aceptemos o no la tesis formulada por De Martino, debemos concordar con este autor en que Juliano quiso dar una solución al problema, introduciendo el criterio de la *necesidad*.

Cabe entonces preguntarse: ¿qué implicancias tiene para el acreedor la solución propuesta por Juliano? En nuestra opinión, ella implica imponerle una *carga de diligencia* al momento de contratar, pues tendrá que cerciorarse de que el dinero prestado sea efectivamente necesario[71]. Así, si actúa negligentemente, al punto de no cerciorarse en lo absoluto de que el dinero que está prestando es realmente necesario para los fines indicados en el contrato, no hay acción contra el *exercitor*; pero si la negligencia consiste solo en la estimación de la suma necesaria, entonces la acción se limita a lo necesario[72]. El mismo principio es repetido por Africano en los dos pasajes siguientes: en el primero, D. 14.7.1, sostiene que si se prestó dinero para un fin que no podía ser realizado en el lugar en que se prestó, el acreedor no dispone de la acción contra el *dominus*, y, aclara, esto es porque el acreedor debe prestar diligencia (actuar diligentemente)[73]; en el segundo, D. 14.1.7.2, se refiere, por analogía, a la *actio institoria*, sosteniendo que si el dinero fue prestado al esclavo para la compra de mercancías que no eran necesarias y este lo malversó, nada hay que reclamar contra el *dominus*. En síntesis, la *necesidad* se transforma en criterio para delimitar el *quantum* a restituir por parte del tercero civilmente responsable.

La doctrina moderna niega que la solución contenida en el pasaje analizado corresponda a Juliano. Así, según Longo, la disminución de la *summa condemnationis* hasta el monto de la necesidad es, a todas luces, un agregado bizantino. A este autor no le parece posible que Juliano hubiera realizado tales considera-

70 En este aspecto concuerda toda la doctrina, además, salta a la vista toda vez que es uno de los principales problemas que se plantea la jurisprudencia a la hora de analizar el contenido de la *praepositio*. Véanse D.14.1.1.8-9 y D.14.1.7 pr.

71 En este mismo sentido se pronuncia Bonfante. Este autor sostiene que, cuando no estaba del todo claro si el negocio celebrado con el *magister navis* entraba o no en la *praepositio*, como en el caso del mutuo, "*incombe al terzo l'obbligo della diligenza, cioè di assicurarsi in limiti discreti che il denaro è veramente destinato a tale scopo*": Bonfante. *Corso di diritto romano*, vol. 4.º, cit., p. 365.

72 En este sentido se pronunciaba el mismo Costa: "*El mutuante deve assicurarsi che veramente la necessità di quelle riparazioni esista, che le spese occorrenti per esse corrispondano alla somma richiestagli e che questa non ecceda soverchiamente su quelle; che esista poi in ogni caso la possibilità di provvedere alle occorrenze della nave nel momento e nel luogo in cui il mutuo è contratto*": Costa. *Le azioni exercitoria e institoria*, cit., p. 67.

73 La misma explicación nos da en Afr. D.16.1.17 pr., cuando concede a la mujer la excepción contra el acreedor que había aceptado la *delegatio solvendis*.

ciones[74]. Lo mismo sostiene respecto del llamado a la *diligentia* incorporado en el pasaje siguiente. En su opinión, este sería ciertamente, y en su totalidad, de proveniencia justinianea[75].

Por nuestra parte, sin perjuicio de que el pasaje haya podido ser intervenido, no estimamos inverosímil que la solución ahí contenida pertenezca a JULIANO, pues mediante la distinción introducida se conjugan definitivamente los intereses de las tres partes involucradas: (i) el del *magister navis*, quien podrá ejercitar su encargo más expeditamente; (ii) el del mutuante, quien podrá recuperar la suma prestada sin tener que supervigilar los trabajos de reparación; y, (iii) el del *exercitor*, que es tutelado de manera indirecta a través de la diligencia del mutuante. En efecto, si el mutuante sabe que podrá recuperar solo el monto necesario, evitará prestar más de ello, disminuyendo así el riesgo de que el *magister* solicite grandes préstamos para realizar reparaciones de poca monta, con el consiguiente perjuicio del *exercitor*, todo lo cual está plenamente de acuerdo con el modo de razonar de JULIANO. De hecho, reflexiones prácticamente idénticas han sido realizadas a propósito de diversos pasajes del *Corpus Iuris* en los cuales se refleja el pensamiento del mismo jurista[76].

74 A este autor le parece del todo aberrante la idea de que, cada vez que se debiera dar una suma en mutuo para las reparaciones de la nave, el mutuante debiera verificar si la cantidad era adecuada a la envergadura de las reparaciones a realizar, lo cual "*rende tranquilli circa la fonte di questa parte del testo*". Cfr. LONGO. *Actio exercitoria*, *actio institoria*, *actio quasi institoria*, cit., p. 594.

75 Ibíd., pp. 592 ss.

76 A modo de ejemplo, en tal sentido cabe mencionar: (i) D. 19.1.13 pr., en donde JULIANO, para efectos de la *summa condemnationi* derivada de la *actio empti*, distingue entre el vendedor de buena y de mala fe; (ii) D. 19.2.33, en donde JULIANO limita el *summa condemnationi* de la *actio empti* a lo que el comprador había pagado por concepto de precio; (iii) D. 9.2.47, en donde JULIANO establece que si se demanda por las heridas de un esclavo y este luego muere a causa de las mismas heridas, el actor puede demandar por la muerte, pero de la condena se descontará lo que haya obtenido en el primer juicio; (iv) D. 17.2.52.4, en donde ULPIANO, refiriendo la opinión de JULIANO, afirma que si un socio, en la realización de las actividades sociales, sufre un daño en su patrimonio personal, este debe ser soportado por todos los que componen la sociedad a prorrata de sus cuotas; (v) D. 19.1.23, en donde JULIANO, con la nota crítica de MARCELO, sostiene que quien hubiere manumitido al esclavo vendido con peculio, se obliga no solo por razón del peculio habido al tiempo de la manumisión, sino también por lo que adquiera después y, además, debe dar caución de que se habrá de restituir cualquier cosa que heredare del liberto; y (vi) D. 9.2.51.1-3, en donde se discute el caso de dos que hirieron mortalmente a un mismo esclavo, pero en momentos diversos: el jurista sostiene que ambos deben responder según el primer título de la ley Aquilia, pero por distintos montos. Así, "aunque JULIANO hace responsable *ex primo acapite* a los dos que lesionan, sin embargo el cálculo de la pena es distinto en uno y otro caso: el primero tendrá que pagar el valor más alto del esclavo dentro del último año a contar desde que se produjo la lesión. El segundo será condenado a pagar el valor más alto del esclavo en el último año previo al tiempo de la muerte (…) el sistema de estimación del *damnum* propuesto por JULIANO, además de original, permite adecuar la medida de responsabilidad de cada agente a las consecuencias lesivas que realmente trae consigo su acción, más allá de la consideración de las conductas típicas en la que se detiene CELSO. Y además la víctima del ilícito obtiene así una mejor tutela": CASTRESANA. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., p. 55; DANILO DALLA. *Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquilia*, en *Archivio Giuridico*, vol. CLXXXVII, fasc. 1 y 2, 1974, p. 168. Sobre el carácter innovador de la solución propuesta por JULIANO en este último caso, véase ibíd., pp. 156 ss.

Juliano utilizaba ampliamente el *quantum respondeatur* como una herramienta para restablecer el equilibrio patrimonial perdido, con lo cual existen razones para suponer que la solución contenida en D. 14.1.7 pr. es de su autoría. La única razón para pensar en el origen posclásico de la solución se refiere a la fórmula del contrato de mutuo. En efecto, el mutuo daba origen a una fórmula con *intentio certa* y de derecho estricto; por consiguiente, en principio, las consideraciones fácticas no debían verse reflejadas en la sentencia, el juez debía condenar o absolver sin vías intermedias. Así, resulta difícilmente justificable la repartición de responsabilidades realizada por el jurista, quien estaba ligado a la estructura de la fórmula. Sin embargo, una situación semejante se producía en el caso de la *actio ex lege Aquilia* y, según se dijo, Juliano señaló más de una vez que la cuantía de la condena podía ser utilizada para corregir las iniquidades a que hubiera llevado una aplicación estricta de la fórmula.

En síntesis, en el pasaje analizado puede observarse una *disminución* de la *summa condemnationis* basada en la negligencia del acreedor, quien no se cercioró de la necesidad del dinero prestado. Por esa vía, Juliano reparte el riesgo (y el daño) entre el armador que no eligió adecuadamente al capitán de su nave y el prestamista que actuó a la ligera, llegando así a una solución diametralmente opuesta al *todo o nada* impuesto por la *compensación de culpas*.

Para efectuar el reparto el jurista utiliza un criterio objetivo: *la necesidad* de las reparaciones; mediante este criterio es posible determinar la cantidad de dinero que no se hubiera prestado y, por tanto, la cantidad de dinero que no puede recuperar el prestamista. De esta manera, Juliano nos da una pauta sobre cómo deben resolverse los casos semejantes, esto es, mediante la identificación de criterios objetivos que permitan conectar la conducta del sujeto con el parte de riesgo (daño) que le corresponde asumir.

### *2. El no resarcimiento del mayor daño causado "ex domini neglegentia": D. 9.2.52 pr.*

En D. 9.2.52, Alfeno analiza una serie de casos en que la *culpa* de quien sufre el daño es el factor determinante del nexo causal[77]. Entre ellos se encuentra D. 9.2.52 pr.:

77 El párrafo 1.º se refiere a una riña originada por un pasajero que se llevaba el farol con que un ventero iluminaba el ingreso a su taberna; este, tratando de recuperar el farol, se defendió del golpe propinado por el pasajero que insistía en llevarse el farol y terminó vaciándole un ojo. El jurista sostiene que el ventero no ha cometido *iniuria*, pues el pasajero fue el primero en golpear, por consiguiente, él ha sido la "causa" del daño sufrido por él mismo. El párrafo 3.º trata de la venta de un buey que deriva en un problema delictual por el daño sufrido por el esclavo del comprador en virtud de la cornada propinada por el buey comprado. Alfeno afirma que si la conducta del esclavo no fue la adecuada con relación al buey, esta constituye *culpa* y en ella debe verse la "causa" del daño; por consiguiente, el dueño del esclavo nada puede reclamar al vendedor del animal.

> *Alfenus libro secundo digestorum. "Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscienta aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur"*. [Si un esclavo hubiese muerto de las heridas, y esto no hubiese sucedido por ignorancia del médico, o por negligencia del dueño, debidamente se ejerce la acción por la muerte de aquél].

El pasaje se refiere a un esclavo herido por un tercero que muere una vez pasado un lapso de tiempo. El dueño del esclavo consulta al jurista si es posible demandar por la muerte del esclavo. ALFENO responde que si la muerte se produjo efectivamente por las heridas, y no por la ignorancia del médico o bien la negligencia del propio dueño, procede la demanda mediante el ejercicio de la *actio ex lege Aquilia*[78]. *A contrario sensu*, si la muerte se produjo por *domini negligentia*, el dueño no tiene derecho a indemnización por ella.

La exención de responsabilidad establecida en D. 9.2.52 pr. ha sido históricamente interpretada como una manifestación de la regla *todo o nada* o *compensación de culpas*[79]. En efecto, la interpretación tradicional del pasaje sostiene que "si la muerte se hubiese producido por ignorancia del médico o por la culpa del amo, éste nada habría podido reclamar, puesto que su culpa, o la del médico, según resulta del texto transcrito, absorbía la culpa o el dolo del autor de las heridas"[80]. Esta lectura, que si bien en lo que se refiere a la muerte del esclavo es correcta, descuida un antecedente fundamental: la división interna de *lex Aquilia*.

En efecto, la *lex Aquilia* estaba compuesta de tres títulos: (i) el primero sancionaba el homicidio del esclavo o de un animal cuadrúpedo y de rebaño (D. 9.2.2 pr., Gai. 3.210); (ii) el segundo se habría referido al *adstipulator* que hubiese hecho fraudulentamente *aceptilatio* de la obligación, lesionando así el derecho del *stipulator* (Gai. 3.215-216); y, (iii) el tercero tenía un carácter más general, pero, en todo caso, solo consideraba aquel daño ejecutado mediante una conducta material consistente en *urere*, *frangere*, *rumpere*, un bien material propiedad de la víctima[81] (D. 9.2.27.5, Gai. 3.217-218). En consecuencia, los títulos I y III

78 La reconstrucción del caso debe ser hecha por hipótesis, a partir del responso del jurista, pues solo este nos viene dado por las fuentes, debiendo, en todo caso, ser considerado íntegro. Cfr. SANDRO SCHIPANI. *Responsabilità 'ex Lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Giappichelli, Torino, 1969, p. 78. Para la reconstrucción del pasaje véase también MARÍA SOLEDAD DEL CASTILLO SANTANA. *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 57 ss.

79 Sobre el punto, y en sentido crítico, véase COPPA-ZUCCARI. *La "compensazione delle colpe"*, cit., pp. 39 ss.

80 Cfr. HENOCH D. AGUIAR. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, cit., p. 311.

81 Cfr. LAWSON. *Negligence in the civil law*, cit., pp. 6 ss.; ZIMMERMANN. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 957 ss.; PAOLA ZILIOTTO. *L'imputazione del danno aquiliano*, Cedam, Padova, 2000, pp. 1 ss.; GIUSEPPE VALDITARA. *Damnum iniuria datum*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 11; ALESSANDRO CORBINO. *Il danno qualficato e la Lex Aquilia*, Cedam, Padova, 2005, pp. 31 ss.

sancionaban conductas típicas, consistentes, respectivamente, en: *servum*, *quadrupedemve occidere*[82], o en un *rumpere*, *urere*, *frangere aliquit*[83]. En virtud de dicha división, las acciones para reclamar de la muerte y las heridas eran distintas, al punto que era posible demandar primero por las heridas, y luego, si a causa de las mismas heridas el esclavo moría, podía demandarse también por la muerte. Así lo sostiene Ulpiano en D. 9.2.46:

> *Ulpianus 50 ad sab. "Si vulnerato servo lege aquilia actum sit, postea mortuo ex eo vulnere agi lege aquilia nihilo minus potest".* [Si se ejercitó la acción de la ley Aquilia por haber sido herido un esclavo, después, muerto de la misma herida, puede no obstante reclamarse por la ley Aquilia][84].

Por lo demás, según sostienen Celso, Ulpiano y Marcelo, cuando una persona hubiera primero herido a un esclavo (incluso mortalmente) y luego otra lo hubiere matado, ambas quedan obligadas por la ley Aquilia: la primera por las heridas y la segunda por la muerte (D. 9.2.11.3).

En consecuencia, la pregunta propuesta por el consultante a Alfeno debió haber sido del siguiente tenor: Ticio dio una cuchillada a mi esclavo Estico y este, después de una semana, murió: ¿puedo pretender que mató, o solamente que lo hirió? Técnicamente traducido, ello significa querer saber si el propietario del esclavo, actor contra el tercero *ex lege Aquilia*, puede solicitar la pena

82 Sobre este verbo, que es el que nos interesa en esta sede, hay una expresa definición de Juliano, en D.9.2.51 pr. En doctrina véase Castresana. *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, cit., pp. 28 ss.; Valditara. *Damnum inuria datum*, cit., pp. 19 ss.; Corbino. *Il danno qualficato e la Lex Aquilia*, cit., pp. 71 ss.

83 Cfr. Valditara. *Damnum inuria datum*, cit., p. 19. En el mismo sentido: Schipani. *Responsabilità 'ex Lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, cit., pp. 41 ss.; Zimmermann. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, cit., pp. 962 ss.; Francesco Maria De Robertis. *Damnum inuria datum*, vol. I, Cacucci, Bari, 2000, pp. 24 ss. Gran parte de la doctrina, basándose en la jurisprudencia de la época, afirma que los verbos contemplados en la ley Aquilia son taxativos, y que solo el daño causado por una de dichas conductas era objeto de tutela mediante los instrumentos previstos en ella.

84 En todo caso, esta neta división del *an debeatur* no se veía reflejada en el *quantum respondeatur*, pues aquí los juristas tuvieron el buen cuidado de aclarar que procediendo de ese modo el dueño no podía obtener en el segundo juicio todo el valor del esclavo, sino que debía tenerse en cuenta aquello que hubiera obtenido en el primero, de manera que no obtuviera más de lo que habría obtenido si desde el principio hubiera accionado por la muerte del esclavo; véase D.9.2.47: *Iulianus* 86 *Dig. "Sed si priore iudicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset"* ["Pero si hecha la estimación en el primer juicio, después, muerto el esclavo, hubiere intentado el dueño reclamar por haber sido matado, será repelido opuesta la excepción de dolo malo; para que por ambos juicios no consiga nada más de lo que debería conseguir, si al principio hubiese demandado por haber sido muerto el esclavo"].

prevista en el primer capítulo (*de iniuria occiso*) o bien solo aquella resultante del tercero (*de iniuria* [*cor*]*rupto*)[85].

De haber mediado negligencia del amo, ALFENO excluye que pueda demandarse por la muerte del esclavo, pero su respuesta se refiere exclusivamente a la muerte, no se pronuncia respecto de las heridas. Por consiguiente, si bien de acuerdo al jurista el *dominus* no podía demandar conforme al primer acápite de la ley Aquilia, nada le impedía demandar sobre la base del tercero[86]. Tal solución será luego expresamente enunciada por PAULO en D. 9.2.30.4:

> *Paulus 22 ad ed.* "*Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso*". [Si un esclavo hubiere sido herido no mortalmente, pero hubiere perecido por negligencia, habrá acción por haber sido herido, no por haber sido muerto][87].

De esta manera, si el amo de un esclavo herido omitía los cuidados necesarios para evitar que las heridas le causaran la muerte, jurídicamente, él era responsable de la muerte; por consiguiente, no podía demandar una indemnización fundada en ella. Sin embargo, ello no significaba que el agresor quedara exento de toda responsabilidad, sino solo que esta se limitaba a las heridas. De esta manera, cuando la muerte de un esclavo se debía a la *culpa* del amo que omitía los cuidados necesarios para que no se agravaran las heridas sufridas, la estructura y funcionalidad de ley Aquilia permitían una repartición de la responsabilidad sobre la base del daño causalmente conectado a la actividad (u omisión) de cada interviniente[88], sin que tuviera lugar la compensación de culpas.

85 CARLO AUGUSTO CANNATA. *Per una storia della scienza giuridica europea, I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 284. En el mismo sentido véase CONTARDO FERRINI. S.v. "*Danni* (*azioni di*)", en *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, Libraria, Milano, p. 30; LUIGI DE SARLO, . *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 46.

86 En este mismo sentido véase ibíd., p. 130, donde se pone en evidencia la importancia práctica de esta solución en materia de *quantum respondeatur*.

87 Sobre este pasaje véase BENIGNI. *La così detta compensazione della colpe*, cit., pp. 19 ss.; quien concluye: "*Il danneggiante non risponde di* occiso *perché il suo colpo non fu causa adeguata della morte, imputabile solamente al padrone del servo il quale nulla ha fatto per impedirla, nessuna energia ha spiegato sia ricorrendo come ogni altro* diligens pater familias *all'opera del medico, sia prendendo le altre opportune provvidenze*" (p. 20). En el mismo sentido COPPA-ZUCCARI. *La "compensazione delle colpe"*, cit., pp. 37 ss., para quien "*la serie causale iniziata dal ferimento non conduce alla morte, la quale è dovuta esclusivamente alla* domini neglegentia (…). *Il dire che lo schiavo non sarebbe morto per negligenza, se non fosse stato ferito, suppone la confusione tra i concetti di condizione e di causa*" (pp. 38-39). Véase también CORBINO, quien pone el acento en que la causa de la muerte está dada por la inactividad del *dominus*. Al efecto señala: "*se il servo ferito in modo non mortale è morto poi per le omesse cure, il feritore risponde solo della ferita: delle omesse cure (che qui si presentano come pura 'non attività') non risponderà (come sottolinea Paolo, non vi sarà perciò* actio de occiso)": CORBINO. *Il danno qualficato e la Lex Aquilia*, cit., pp. 125-126.

88 De manera general esta idea es compartida por SAVARESE. *La compensazione delle colpe*, cit., p. 41 ss. En síntesis, este autor sostiene que el no resarcimiento por la muerte se debe puramente a la

Una vez más, vemos que es posible repartir el riesgo (en este caso de la muerte del esclavo producto de unas heridas) sobre la base de un criterio objetivo: la división del daño en dos partidas, las heridas y la muerte. Las heridas son atribuidas al agente, que responde por ellas. La muerte es atribuida al *dominus*, que asume su *autorresponsabilidad*.

## Observaciones finales

Una opinión generalizada sostiene que en derecho romano se habría aplicado el principio de *compensación de culpas* con su resultado *todo o nada*; sin embargo, la expresión *compensación de culpas*, con el valor aquí atribuido, no se encuentra en las fuentes romanas, sino que es producto del trabajo de los juristas medievales, quienes la forjaron a partir de la interpretación de diversos pasajes del *Corpus Iuris* que aluden a la *culpa de la víctima* como causal de exoneración de responsabilidad del agente. Sin embargo, todos esos pasajes pueden ser explicados a la luz de otras reglas. Así, en algunos casos falta el elemento *iniuria*, requisito esencial de la responsabilidad aquiliana, en otros se configura una asunción de riesgos de parte de la víctima, o bien se trata de la aplicación de otras reglas tales como la *utilitas contrahentium*. En consecuencia, a partir de tales pasajes no es posible concluir que en Roma se aplicaba el principio *compensación de culpas* o regla de *todo o nada*. Al contrario, en este trabajo ha quedado demostrado que en el Digesto se encuentran casos en que opera un reparto de la responsabilidad entre víctima y agente.

Estos casos presentan como característica común la posibilidad de establecer una *división objetiva* del riesgo que corresponde soportar a la víctima, ya sea porque recae sobre una cosa divisible, como el dinero, o bien porque hay lugar a una fragmentación ideal sobre la base de los diferentes capítulos de la *lex Aquilia*. Así, el reparto se realiza mediante la conexión causal entre la *conducta de la víctima* y aquella específica parte de riesgo que le corresponde soportar. De ahí que la principal preocupación fuera establecer criterios objetivos que permitieran hacer dicha conexión. Así, en D. 14.1.7 pr. el reparto se hace sobre la base de la *necesidad* del dinero prestado: el prestamista tiene derecho a recuperar solo hasta el monto necesario para realizar las reparaciones de la nave. Por su parte, en D. 9.2.52 pr. el reparto se logra mediante la adscripción del daño al específico título de la *lex Aquilia*: el agente responde por las heridas, mientras que el *dominus* soporta la muerte del esclavo.

No hemos logrado identificar casos en que se realizara un reparto de responsabilidad sobre la base de criterios subjetivos, aplicables a casos en que no fuera

posibilidad de evitar el daño, que conserva el nexo causal con el hecho del agente. Sin embargo, el dueño tiene derecho a aquella parte de daño provocada por las heridas, fenómeno que él llama "*parziale compensazione delle colpe*".

posible la fragmentación objetiva del riesgo. En consecuencia, conforme con la opinión vigente, debemos atribuir a Christian Wolff el mérito de haber extendido la repartición de responsabilidades a los daños indivisibles, fundándose en la *gravedad de las culpas*.

Estimamos que el análisis efectuado puede contribuir a arrojar luces sobre la discusión en torno a los criterios que debería emplear el juez a la hora de aplicar la disminución del resarcimiento por *culpa concurrente de la víctima*. En este sentido, el derecho romano nos enseña que el primer esfuerzo debe consistir en establecer criterios que permitan conectar objetivamente la conducta de la víctima con una parte específica del daño sufrido. En aquellos casos en que esta conexión causal no resulte posible, conforme con las enseñanzas de Wolff, debe recurrirse a la *gravedad de las culpas*[89]. Finalmente, si ninguna de esas opciones parece plausible, debería considerarse la solución supletoria del Código Civil austriaco, según la cual debe dividirse el daño en partes iguales.

## Bibliografía

Aedo Barrena, Cristián Eduardo (2010): "El uso de estacionamientos como acto de consumo: reflexiones sobre la causalidad y la culpa. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 30de marzo de 2010", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Antofagasta, Universidad Católica del Norte, año 17, n.º 1, pp. 213-239.

Aedo Barrena, Cristián Eduardo (2013): "El tratamiento dogmático de la culpa de la víctima en la responsabilidad civil: una mirada desde la imputación objetiva", en Domínguez, Carmen *et al.* (eds.). *Estudios de derecho civil VIII*, Santiago, Legalpublishing-Thomnson Reuters, pp. 505-523.

Aguiar, Henoch D. (1950): *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, Buenos Aires, TEA.

89 Establecer qué significa en esta sede *gravedad de la culpas* y cómo debe realizarse la *conexión causal* supone un análisis que excede los objetivos de este trabajo y que trataremos en otra sede. Con todo, algunas ideas pueden adelantarse:
A) La gravedad de las culpas no alude exactamente a la tripartición de la culpa contemplada en el Código de Bello (art. 44 Código Civil chileno), pero sin duda será un criterio a considerar. Además, el juez debería tener en consideración, por ejemplo, (i) la relevancia de las normas legales infringidas por cada parte, (ii) el tipo de conducta desarrollada y (iii) las circunstancias en que se desenvolvía cada parte.
B) La conexión causal entre el hecho de la víctima y el daño auto-inferido debe necesariamente realizarse en sede de causalidad normativa, sobre la base de criterios que permitan discernir qué daño debe ser considerado *indirecto* respecto a la conducta del agente. Estimamos que los criterios más apropiados para realizar este juicio son la *causalidad adecuada* y el *riesgo creado*.

Alessandri Rodríguez, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria.

Araya Jasma, Fernando (2003): *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Santiago, LexisNexis Chile.

Aumann, Peter (1964): *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte*, Hamburg, Universität Hamburg.

Bahamondes, Claudia y Pizarro, Carlos (2012): "La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, xxxix, pp. 39-52.

Baraona González, Jorge (2005): "La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago, Universidad de los Andes, n.º 10, pp. 123-153.

Baraona González, Jorge (2011): "La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago, Universidad de los Andes, n.º 20, pp. 147-181.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2010): *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, t. ii, *De las Fuentes de las Obligaciones*, Santiago, Jurídica de Chile.

Baroncea, Démètre J. (1930): *Essai sur la faute et le fait du creancier (cause justificative du débiteur en matière contractuelle)*, Paris, E. Duchemin.

Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile.

Basevi, Gioacchino (1859): *Annotazioni pratiche al Codice civile austriaco*, 7.ª ed., Milano, 1859, disponible en: http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22101934%22

Bassianvs, Ihoannes (1983): *De regulis Iuris*, Severino Caprioli y Ferdinando Treggiari (eds.), Rimini, Maggioli.

Becchi, Paolo (2000): *Giuristi e principi*, Genova, Compagnia dei Librai.

BENIGNI, PLACIDO (1906): "La così detta compensazione della colpe", *Revista Crititca di Diritto e Giurisprudenza* n.º 5-6, 7-8, 11-12, Napoli, Prem. Stab. Tip. Cav. G. M. Priore.

BETTI, EMILIO (1935): *Diritto romano*, Padova, Cedam.

BEUCHOT, MAURICIO (1985): "El proyecto de una ciencia universal en Cristian Wolff", disponible en: <http://www.elementos.buap.mx/num03/pdf/37.pdf>.

BONFANTE, PIETRO. *Corso di diritto romano*, vol. 4º, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè.

BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS (2007): *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputaçao do dano extracontractual*, reimp., Coimbra, Almedina.

CALIXTO, MARCELO JUNQUEIRA (2008): *A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função,* Rio de Janeiro, Renovar.

CANDICE, VINCENZO (1920): *La compensazione delle colpe nel diritto civile*, Napoli, Luigi Pierro.

CANNATA, CARLO AUGUSTO (1997): *Per una storia della scienza giuridica europea*, *1. Dalle origini all'opera di Labeóne*, Torino, Giappichelli.

COPPA-ZUCCARI, PASQUALE (1909): *La "compensazione delle colpe"*, Modena, Società Tipografica Modenese.

CORBINO, ALESSANDRO (2005): *Il danno qualficato e la Lex Aquilia*, Padova, Cedam.

CORRAL TALCIANI (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile.

CARVAJAL, PATRICIO-IGNACIO (2010): "Nuevas pautas investigativas en la ciencia jurídica (Derecho: ley y ciencia, sociedad e historia)", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n.º 1, pp. 191-196.

COSTA, EMILIO (1891): *Le azioni exercitoria e institoria*, Parma, Casa Editrice Luigi Battei.

CUTURI, TORQUATO (1909): *Trattato delle compensazioni nel diritto privato*, Milano, Società Editrice Libraria.

Dalla, Danilo (1974) "Giuliano e il 'longum intervallum' in tema di applicazione dell'Aquilia", *Archvio Giuridico*, vol. clxxxvii, fasc. 1 y 2, pp. 145-176.

De los Mozos, José Luis (1996): "Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho", *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Roma, Mucchi Editore, pp. 29-40.

De Martino, Francesco (1941): "Studi sull'actio exercitoria", *Rivista di diritto della navigazione*, año vii, n.º 1-2.

De Robertis, Francesco Maria (2000): *Damnum inuria datum*, vol. i, Bari, Cacucci.

De Sarlo, Luigi (1940): *Alfeno Varo e suoi Digesta*, Milano, Giuffrè.

Del Castillo Santana, María Soledad (1994): *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson.

Díez Schwerter, José Luis (1997): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Jurídica de Chile.

Domínguez Águila, Ramón (1966): "El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 136, pp. 29-54.

Domínguez Águila, Ramón (2000): "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno", *Roma e America*, n.º 10, 2000, pp. 115-127.

Domínguez Águila, Ramón (2001): "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil, con especial referencia al Derecho Chileno", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 209, pp. 7-27.

Fedtke, Jörg, Magnus, Ulrich (2004): "Contributory negligence under German law", en Ulrich Magnus y Miquel Martín Casals (eds.), *Unification of tort law: Contributory negligence*, The Hague, Kluwer Law International, pp. 75-98.

Fercia, Riccardo (2002): *Criterî di responsabilità dell'exercitor*, Torino, Giappichelli.

Fercia, Riccardo (2009): *Responsabilità per fatto degli ausiliari nel diritto romano*, Padova, Cedam.

Ferrini Contardo (1906): voz "Danni (azioni di)", en *Enciclopedia giuridica italiana*, Editrice Libraria, vol. iv.

Gatica Pacheco, Sergio (1959): *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago, Jurídica de Chile.

Glück, Cristiano Federico (1907): *Commentario alle pandette*, *libros xiv-xv*, trad. italiana de P. Bonfante, Milano, Società Editrice Libraria.

Guzmán Brito, Alejandro (2006): *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Navarra, Thomnson/Aranzadi.

Haller, Marguerite (1926): *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, Paris, lgdj.

Heinteregger, Monika (2004): "Contributory negligence under Austrian law", Ulrich Magnus y Miquel Martín Casals (eds.), *Unification of tort law: contributory negligence*, The Hague, Kluwer Law International, pp. 9-23.

Larenz, Karl (1958): *Derecho de obligaciones*, t. i, trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, *Revista de Derecho Privado*.

Lawson, Frederick Henry (1962): *Negligence in the civil law*, Oxford; Latimer, Trend & Co. Ltd, reimpr. de la ed. de 1955.

Le Tourneau, Philippe (2004): *La responsabilidad civil*, trad. de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Legis.

León González, José María (2001): "Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños. (Especial consideración de la culpa de la víctima)", en Alfonso Murillo Villar (coord.), *Actas del Congreso Interamericano y vii Congreso Iberoamericano de Derecho* Romano, Burgos, Universidad de Burgos, pp. 21-40.

Longo, Giannetto (1972): "Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria", en Grosso, Giuseppe. *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, vol. ii, Milano, Cisalpino-Goliardica, pp. 581-626.

Luig, Klaus (1969): "Überwiegendes Mitverschulden", *Ius Commune*, mpi para la historia del derecho europeo, Helmut Coing (ed.), 2.ª ed., Frankfurt am Main.

Martínez Rave, Gilberto (1998): *Responsabilidad civil extracontractual*, 10.ª ed., Bogotá, Temis.

Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon y Tunc, André (1958): *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5.ª ed., Paris, Montchrestien.

Mazeud, Henry, Mazeaud, Léon y Mazeaud, Jean (1960): *Lecciones de Derecho civil*, Parte segunda, vol. ii, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, ejea.

Medina Alcoz, María (2003): *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Madrid, Dykinson.

Miguel, Alexandre (2003): "A responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações", *Revista dos Tribunais*, vol. 92, n.º 809, pp. 11-27.

Orestano, Riccardo (1957): voz "Africano, Sesto Cecilio", *Novissimo digesto italiano*, vol. i (1).

Pacchioni, Giovanni (1910): "Della cosiddetta compensazione delle colpe", *Rivista di diritto commerciale*, viii, ii.

Pufendorf, Samuel von (1980): *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros*, t. i, trad. de Lelia B. V. de Ortiz, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.

Quintero Fuentes, David (2008): "Sentencia sobre un caso de exposición imprudente al daño. Un análisis de su efecto moderador en la determinación del quantum indemnizatorio (Corte de Apelaciones de Antofagasta)", *Revista de Derecho*, Valdivia, Universidad Austral, vol. xxi, n.º 2, pp. 273-283.

Rodríguez Grez, Pablo (2010): *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile.

Rossi Masella, Blas E. (1951): *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, Montevideo, Universidad de Montevideo.

SAINT-JOSEPH, FORTUNÉ ANTHOINE (1840): *Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoléon*, Paris y Leipzig, Charles Hingray y Brochaus et Avenarius.

SAN MARTÍN NEIRA, LILIAN C. (2012): *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

SAVARESE, CAMILLO (1934): "La compensazione delle colpe", *Rassegna giudiziaria*, año V, fasc. III-V.

SCHIPANI, SANDRO (1969): *Responsabilità 'ex Lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, Giappichelli.

SCHIPANI, SANDRO (2009): "Rileggere i digesta. Enucleare i principii. Proporli", en TRISCIUOGLIO, Andrea (ed.). *Valori e principii del diritto romano*, *Atti della Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

SCHULZ, FRITZ (1968): *Storia della giurisprudenza romana*, trad. de GUGLIELMO NOCERA, Firenze, Sansoni.

SOLAZZI, SIRO (1941) "L'età dell'actio exercitoria", *Rivista di diritto della navigazione*, año VII, n.º 3-4, pp. 243-264.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER (1999): *De la responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Temis.

TEIXEIRA DE FREITAS, AUGUSTO (2000): *Regras de direito*: *seleção clássica em quatro partes*, São Paulo, Lejus.

VALDITARA, GIUSEPPE (2005): *Damnum inuria datum*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli.

WOLFF, CHRISTIAN (1968-1972): *Jus naturae; Jus gentium; Institutiones; Oeconomica; Ratio praelectionum; Grundsätze des natur- und Völckerrechts*, Hildesheim, New York, Georg Olms.

ZILIOTTO, PAOLA (2000): *L'imputazione del danno aquiliano*, Padova, Cedam.

ZIMMERMANN, REINHARD (1992): *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, South Africa - Deventer (Boston), Juta & Co. y Kluwer.

## Jurisprudencia citada

*Pérez Arrau María Francisca con Fisco de Chile* (2011): Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de abril de 2011 (acción de indemnización de perjuicios), CL/JUR/3279/2011, Rol n.º 495-2010.

# LECTURAS COMPLEMENTARIAS

## UNIDAD II: CAUSALIDAD

1) LA CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ESTUDIO DEL DERCHO ESPAÑOL. Alfonso de Cossio.

# La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español

ALFONSO DE COSSIO
Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Sevilla

## La responsabilidad civil

El Derecho civil ampara determinados bienes fundamentales de la persona y de su patrimonio, y al dotarles de la consideración de bienes jurídicos, crea un sistema de poderes conferidos al individuo para su eficaz defensa, que viene a constituir el aspecto positivo del ordenamiento privado. La convivencia humana, sin embargo, determina, a veces, la lesión de estos bienes personales o patrimoniales, lo que da lugar a una reacción de ese ordenamiento, la cual constituye su aspecto negativo: es decir, que la violación de la norma primaria da lugar a la entrada en juego de la norma secundaria o sancionadora, que actúa mediante la compulsión en las personas, mediante la pena, o simplemente, y esta es la característica fundamental de Derecho civil, a través de la indemnización de daños y perjuicios, convirtiendo el contenido de la obligación, en una prestación de carácter económico.

La lesión de un bien jurídico determina, por tanto, el nacimiento de una responsabilidad, en cuanto *el hecho causal* del daño o del perjuicio puede ser *imputado* o atribuido a una determinada persona, la cual habrá, por tanto, de sufrir la compulsión, sufrir la pena o reparar por su cuenta el daño, es decir, *responder* de la infracción producida. Cuando esta responsabilidad, nacida de la imputación, determina la imputación de una pena, se nos presenta como *responsabilidad penal,* y se construye como una relación de Derecho público, que excede del campo de la libre disposición de los particulares; en cambio, cuando se nos presenta como determinante de una reparación pecuniaria, aparece como *responsabilidad civil,* que entra de lleno en el ámbito del Derecho privado, dando origen a una relación *inter partes* accionada tan sólo a través de la iniciativa de la persona perjudicada.

Claro está que tal discriminación se funda más bien en los efectos que en las causas de la responsabilidad, es decir, que en los hechos

que pueden dar lugar a una u otra forma de la misma. La circunstancia de que se trate o no de hechos que por su gravedad o trascendencia afecten no sólo al interés de los particulares, sino también al orden público, es lo que da lugar a que sean definidos como típicos por la ley, y sometidos, por tanto, al régimen del Derecho penal, siquiera, en cuanto hayan venido a dañar un patrimonio privado, dén lugar, además, a una responsabilidad civil de contenido pecuniario. Los delitos y cuasi delitos civiles, por su parte, no son definidos como típicos, y constituyen tan sólo una violación de la norma general que impone a todo miembro de la comunidad jurídica la obligación de no dañar a otro, y producen únicamente —ya que solamente a los particulares interesan— una obligación de contenido económico, a través de la cual se consigue el justo resarcimiento.

Planteada así la cuestión, no existe entre ambas responsabilidades más que una diferencia de grado o de intensidad de la culpa que las da nacimiento. Sin embargo, el Derecho civil moderno tiende a plantear el problema en unos términos muy diferentes a los que dan nacimiento a la responsabilidad penal, porque no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál sea el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas, y así, más que de una imputación personal, se trata aquí de una imputación patrimonial, y la teoría de la responsabilidad se convierte en una simple teoría de la distribución de los riesgos, de las consecuencias económicas derivadas de un hecho determinado, y la idea de culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios, entre otros muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo esta distribución de una manera justa.

En realidad, este cambio de punto de vista se manifiesta de una manera palmaria en la *doctrina de la causalidad,* concepto elaborado fundamentalmente por los penalistas, partiendo del principio de que quien es causa de la causa es causa del mal causado, y que, por tanto, el hombre que voluntariamente causa un evento responde de los daños y perjuicios que pueden derivarse de su conducta: si el hecho dañoso es ajeno a su voluntad o, simplemente, si los daños posibles estaban fuera de su previsión, desaparece el nexo causal y la responsabilidad no nace, porque no basta para ello causar física o materialmente un hecho, es preciso, además, que este hecho sea imputable moralmente a su autor.

Ello, en el fondo, implica ya el acudir para llevar a cabo la imputación a criterios distintos del de la mera causalidad, no interesando tanto que el sujeto sea la causa psicofísica del daño como que éste le deba ser imputado por cualquier razón de justicia o equidad. Buscamos, por tanto, no ya la causa del daño, sino la razón suficiente de su imputación, un título jurídico que legitime su atribución a un sujeto o patrimonio determinados, por ejemplo, la relación de propiedad con la cosa productora del daño, la de dependencia de la persona causante del mismo en relación con la declarada responsable, el ejer-

cicio de una actividad lícita, aunque creadora de riesgos, el indebido enriquecimiento, el pacto anterior...

Así planteadas las cosas, es evidente que la teoría de la responsabilidad civil se convierte en un caso especial dentro de la general teoría de los riesgos: el Derecho civil pretende distribuir socialmente las consecuencias económicas de todos los riesgos a que se encuentran sometidas las personas y las cosas. Hasta ahora habían venido considerándose como dos mundos distintos el de la responsabilidad civil y de los riesgos, separados entre sí por la frontera que significaba la fuerza mayor y el caso fortuito, fundado aquél en la conducta culposa de un sujeto y buscando éste su base en otros títulos que pudieran servir de razón suficiente para la atribución de tales consecuencias: el riesgo lo soporta el comprador, las cosas perecen para su dueño, quien recibe un beneficio debe soportar también el perjuicio... Hoy tales distancias se acortan y la distribución de los riesgos se lleva a cabo a través de toda una gama de matices, que permiten realizarla atendiendo en cada caso concreto a las más diversas circunstancias, siendo la culpa tan sólo uno de los muchos principios que es preciso tener en cuenta.

Existe un deber de solidaridad que impone a todos la obligación de comportarse de manera que no se perjudique el interés de otro más allá de la tutela del propio, de modo que no solamente se prohibe el acto de emulación, sino que se excluye toda forma de ejercicio del derecho subjetivo que pueda resultar incivil o nociva. Por otra parte, se intenta ampliar los poderes del Juez, introduciendo una responsabilidad por equidad, aun fuera de los tipos clásicos establecidos por la Ley. Resulta, por tanto, evidente que un criterio de mera causalidad, debe ser en absoluto excluido, siquiera pueda servirnos de base, en muchos casos, para llevar a cabo la imputación, que en definitiva, tendrá su fundamento jurídico no en ella, sino en otra clase de consideraciones, basadas en principios de justicia y de equidad.

Supongamos, como ejemplo, el incendio de una casa: si nada más que este hecho se prueba, la pérdida patrimonial la sufrirá exclusivamente su propietario, ya que las cosas perecen para su dueño; si ha sido causado culposamente por otra persona, ésta soportará en definitiva tal perjuicio; pero si el responsable es insolvente, y la casa estaba asegurada contra incendios, el riesgo lo soportará el asegurador; si el incendio fue provocado por la caída de una aeronave, aunque no haya mediado culpa por parte de la empresa que la utilizaba, será ésta quien deba soportar también el daño del incendio, en virtud de la responsabilidad objetiva que gravita sobre esta clase de navegación, en atención a los beneficios que de ella obtiene quien la explota; si la persona que causó el incendio se hallaba en culpa, responderá también aquél que la tuviere a su servicio; si el incendio se produjo en virtud de una catástrofe, puede el Estado acordar indemnizar los daños a los perjudicados, siendo entonces el erario público quien soporte el riesgo...

Quiere ello decir que no nos basta en modo alguno el concepto de causa para poder llevar a cabo la imputación, lo que no impide que el mismo siga ofreciendo una fundamental importancia en el campo de la responsabilidad, siquiera su utilización exija una serie de precisiones previas, sin las cuáles carecería en absoluto de utilidad.

## El concepto de causa natural y el concepto de causa jurídica

La idea de Creación, introducida por la filosofía cristiana de inspiración bíblica, había de dar una fundamental importancia al concepto de causa eficiente. Siendo la existencia del mundo y de todos los elementos que le integran puramente *contingente,* se llega a la conclusión de que todo ser en el tiempo es siempre un ser causado: todo ser y todo acaecer temporales se deben a una causa, la cuál es a su vez el efecto de otra causa anterior, lo que nos hace ascender a través de una cadena ininterrumpida, hasta llegar a la causa primera. De aquí se sigue también, que toda causa se halla dotada de una virtualidad interna, en cuanto contiene *in potentia* el efecto que está llamada a actualizar, o lo que es lo mismo, que entre la causa y el efecto se da una relación de necesidad, impuesta por la naturaleza misma de las cosas.

Este orden de necesidad, tiene, sin embargo, como origen un acto libre de su causa primera, y, lo que es más significativo para el Dehecho, puede ser igualmente interferido por actos libres puestos por los sujetos humanos. Nos encontramos, por tanto, ante un orden de necesidad y ante un orden de libertad que conviven en el mundo, y dentro de cada uno de los cuales puede señalarse con toda precisión la relación de la causa con su efecto. Es claro que si el evento causante de un resultado tiene su origen en el orden de necesidad impuesto a la naturaleza, no puede servir de base a una imputación; pero si, por el contrario, encuentra su raíz en un acto libre del hombre, le puede ser moralmente imputable.

Ocurre, sin embargo, que la relación efecto-causa es en la realidad mucho más compleja. Como hacía notar Stuart Mill, todo fenómeno es, desde el punto de vista físico, la resultante de todas las condiciones, positivas y negativas que han conducido a producirlo, de forma que faltando una de esas condiciones, no se produciría el resultado. Es decir, que el efecto no es el efecto de una causa, sino el resultado de todo un complejo de condiciones, cada una de las cuáles, positiva o negativamente, tiene una transcendencia causal del mismo. Partiendo de este punto de vista, von Buri entendía que la "suma de todas las fuerzas que tienen alguna eficacia para el nacimiento del fenómeno, debe ser considerada como causa del mismo", de donde se sigue que las condiciones de un resultado no pueden ser diferenciadas entre sí, pues "una condición, o es *conditio sine qua non* de ese resultado o no es nada, ya que no se da una tercera posibilidad".

Es decir, que todas las condiciones son *equivalentes,* tienen el mismo valor, y por lo tanto, basta que un acto o una omisión humana sean *conditio sine qua non* de un resultado para que deba entenderse como causa del mismo, y le haga imputable a su autor. Sin embargo esta tesis en el plano jurídico, presenta serias dificultades, y tal vez por afirmar demasiado, no resuelve nada. El ejemplo clásico que se ha puesto para demostrar su inconsistencia e inutilidad es el del armero que vende la pistola con que luego se comete el asesinato, ignorando, desde luego, el fin a que la va a destinar el comprador: ¿será causa del delito? Porque no existe duda que si no hubiera vendido el arma, el asesinato no podría haberse realizado... por lo menos con ella.

Tal orden de consideraciones nos conduce a la conclusión de que no todos los elementos que condicionan la producción de un resultado pueden ser considerados jurídicamente como causas del mismo; ni siquiera en un plano meramente físico parece correcta tal conclusión,y así no han faltado autores que han distinguido entre la *causa eficiente* —ésto es la condición más eficaz, la fuerza o el ser humano capaces de producir por sí un determinado evento—; la *condición* —aquello que permite a la causa actuar, bien secundándola, bien removiendo los obstáculos que se oponen a tal movimiento— y la *ocasión,* que es la coincidencia o combinación de circunstancias más o menos favorables al juego de la acción.

Se impone, por tanto, una valoración de las condiciones para poder saber cuál sea la causa en cada caso, y es obvio que tal valoración ha de llevarse a cabo aquí atendiendo a criterios propiamente jurídicos. La teoría de la *causa adecuada,* que debe su origen al fisiólogo von Kries, lleva a cabo esa valoración en virtud de un juicio previo de *posibilidad* en el que se unen elementos captados en un plano *ontológico* a otros obtenidos en un plano *nomológico,* es decir, se enuncia una relación entre hechos obtenidos por la experiencia y la ley natural que les rige: se puede, por ejemplo, formular el juicio de que arrojando una piedra al espacio ésta caerá al suelo, porque conocemos el hecho del lanzamiento (saber ontológico) y aplicamos a él la ley de la gravedad (saber nomológico).

Si nuestro saber de los hechos y de las leyes de la naturaleza fuese completo, es decir, si en ese caso conociésemos todas las condiciones que han de concurrir en la caída de la piedra y todas las leyes naturales que directa o indirectamente pueden influir en el fenómeno, el juicio formulado sería un juicio de necesidad; si nuestro saber, como ocurre en la realidad de la vida, es en ambos casos limitado, nuestro juicio será un juicio de posibilidad que se nos ofrecerá como más o menos probable, según sea más o menos completo y perfecto nuestro conocimiento de las leyes y de los hechos pertinentes. Afirmar que una causa es adecuada, equivale a decir que puede producir un efecto, que es idónea para causarlo, no que necesariamente haya de dar lugar al mismo.

Pudiera pensarse que si la condición de causa atribuida a una

determinada condición, depende de un juicio, el concepto de causa adecuada no será algo objetivo, sino dependiente en cada caso del saber del sujeto que lo formula, es decir, que nos encontramos en el plano de la mera subjetividad. Sin embargo, la doctrina de la causa adecuada ha intentado evitar esta objeción admitiendo que este juicio, formulado por el Juez en el momento oportuno, ha de basarse, no en el saber del sujeto que cometió el acto, sino en la experiencia general de la comunidad, en el juicio que pudiéramos llamar común; lo que cualquier hombre razonable podía haber previsto. El juicio de posibilidad, dice Rümelin, debe comprender todas aquellas circunstancias que existían en el momento de llevarse a cabo la acción (aunque fueran conocidas después), y además, aquellas otras cuya producción posterior, según la experiencia humana, debía ser prevista, en cuanto eran favorecidas por aquel acto. Este conocimiento será el que hubiera tenido un hombre medio por regla general, pero también habrán de ser tenidas en cuenta las condiciones que por razón de su profesión o de cualquier otra circunstancia, pudo tener el agente al efectuar el acto.

Es evidente que al llevar a cabo estas valoraciones, en mayor o menor grado, subjetivamos la causa, porque tan subjetivo es el saber de un sujeto, como el de una colectividad, y acudimos a elementos ajenos a su teoría, introduciéndonos más bien en los que constituyen la doctrina del acto voluntario: lo que interesa no es tanto si la acción del sujeto produjo el resultado, como si éste pudo y debió prever, al producir el acto de su voluntad ese resultado. Por ejemplo, en una comunidad que crea en la hechicería, se llegaría de este modo a convertir en causa adecuada de la muerte de una persona, un determinado maleficio actuado por otra. En el fondo, hemos de concluir que la teoría de la causa en Derecho no es una teoría física, sino una teoría moral: el autor del maleficio quiso la muerte de la víctima, y es, por tanto, más culpable que quien vertió veneno en un vaso creyendo que era bicarbonato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado a este respecto:

> *Sentencia de* 30 *de enero de* 1954: "Siguiendo la doctrina jurisprudencial, acoge el concepto de una causa como la que es eficiente y se refiere, tratándose de una omisión, a la condición necesaria para que se produzca el hecho que origina el daño, y esta condición es la que tiene una consideración preeminente como causa del hecho dañoso, y aun cuando fueran varias las concurrentes, habría que considerar decisiva la que por sus circunstancias determina el daño".
>
> *Sentencia de* 15 *de abril de* 1964: "Que si por causa eficiente ha de entenderse aquel *principium quod actione sua producit effectum a se distinctum,* y este efecto, a su vez, actuar como causa eficiente de un efecto posterior y distinto que al producirse sin intervención ajena, produce lo que se llama con-

> catenación causal, inspiradora del principio de que quien es causa de la causa es causa de lo causado; no hay duda de que el evento de autos, a la luz de tal criterio, ha de inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señala, al examinar en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del innúmero y multiforme encadenamiento de causas y efectos".

Esta selección que permite aislar, dentro de un complejo causal, una o varias condiciones como jurídicamente relevantes, presupone, por tanto, un juicio previo de valor que se funda en razones jurídicas y no meramente naturales: no nos limitamos entonces a acoger el resultado de una simple observación, sino que atribuimos a la causa una trascendencia capaz de producir determinados efectos de derecho mediante la aplicación de determinados principios, cuya investigación es tarea propia y exclusiva del jurista. Al amparo de tales principios separamos de aquel complejo de condiciones, la que entendemos debe ser jurídicamente relevante para fundar una imputación de los efectos dañosos a un determinado sujeto o patrimonio.

Pero con ello abandonamos el plano objetivo en que se desenvuelve la teoría de la causa para invadir el plano subjetivo que sirve de base a la imputabilidad, quedando la cuestión planteada en estos otros términos: ¿qué daños y perjuicios derivados de nuestra conducta pueden sernos atribuidos a los efectos jurídicos de determinar el nacimiento de una responsabilidad civil? Porque la determinación de si nuestra conducta ha sido causa directa o indirecta, próxima o remota, única o en colaboración con otras causas del resultado dañoso, es una cuestión de hecho, no una cuestión jurídica, que se resuelve con criterios de experiencia, metajurídicos, pero que aún afirmada, no prejuzga en modo alguno la imputación del daño al agente.

## La causa directa y la causa remota

¿Cuáles habrán de ser los criterios que jurídicamente nos sirvan de base para imputar a un sujeto un daño físicamente causado por él? La doctrina clásica, que encuentra su origen en Derecho romano, exige que el hecho origen de la responsabilidad haya sido *causa directa e inmediata* del daño: "In casibus incertis... quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et inmodicis perversionibus, in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat" (Cod. 7, 47). Más recientemente, Bacon afirmaba que *in iure non remota causa, sed proxima spectatur,* idea acogida también por Dumoulin y desenvuelta por Pothier, cuya doctrina sirvió de base al artículo 1.151 del Código francés, del que la tomó también el italiano de 1865: "Ni aun en el caso en que la inejecución de la convención resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios deben comprender en re-

lación con la pérdida experimentada por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, mas que aquéllos que son una *consecuencia inmediata y directa del incumplimiento* del contrato".

Distinta es la fórmula adoptada por el Código civil español, que en su artículo 1.107 establece que:

> "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe, son los previstos o podidos prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean *consecuencia necesaria del incumplimiento.*"

Basta, por tanto, que la causa haya de producir necesariamente el daño, siendo por lo demás indiferente que lo haya producido de modo directo e inmediato, o indirecta y mediatamente, y así tenemos:

> *Sentencia de* 20 *de abril de* 1915: "De la expresión literal de los artículos 1.106 y 1.107 del C. c. se deduce que las indemnizaciones de daños y perjuicios comprenden, previstos o podidos prever, los que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de las obligaciones en que incurriere el deudor, *sin que la ley exija que aquélla sea directa, sino que basta que sea necesaria*".

Con reiteración, el Tribunal Supremo viene estableciendo la doctrina, entre otras, en las sentencias de 14 *de junio de* 1956, 3 *de junio* de 1957, 6 *de febrero de* 1958 *y* 5 *de abril de* 1960, de que "es necesario que del hecho culposo o negligente, sea responsable por *actos directos o mediatos* el agente a quien se imputa y que haya entre aquel y éste la debida conexión o congruencia de causa a efecto". Con mayor imprecisión, la sentencia de 26 *de octubre de* 1929, hablaba de "*causa verdadera e inmediata*", queriendo simplemente significar con ello que ha debido tener una influencia decisiva en el resultado dañoso.

Para que el daño pueda ser imputado al agente, lo único que se exige es que el nexo causal no haya sido roto por la interferencia de otra serie causal extraña a la primera, como se declara en la

> *Sentencia de* 21 *de marzo de* 1950: "El recurso se apoya en dos fundamentos: el primero, en que los cirujanos demandados incumplieron el contrato que concertaron con la operada recurrente y el segundo, que aquéllos incidieron en culpa civil, en los dos aspectos, contractual y extracontractual, porque el convenio que celebraron era de una operación de cirujía estética, con el fin de rectificar ciertos defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de arrendamiento de obra que de arrendamiento de servicios, y no dio el fin de embellecimiento que se perseguía; pero esto no es imputable a los médicos, pues la sentencia recurrida tiene reconocido respecto a lo que pueda ser fundamento de la responsabilidad que se trata de hacer efectiva, y como cuestión de hecho que no se ha logrado desvirtuar, que la operación fue correctamente realizada y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse

a descuido de los demandados, y de ésto deduce acertadamente como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para éstos al faltar la base para apreciar culpa extracontractual ni contractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido, fue por un suceso no imputable a los demandados, de lo que resulta evidente que la sentencia no infrige los artículos que se citan en este motivo, y encaja el caso de autos en el artículo 1.105 del Código civil, aunque no lo mencione, pues no puede admitirse la teoría del recurente de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir, brota en el acto la responsabilidad, ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente, que en este caso no es imputable a los médicos."

*Sentencia de 25 de enero de* 1965: "El deber de indemnización presupone el nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina, pues sólo deben indemnizarse los daños que sean consecuencia del hecho que obliga a la indemnización, por lo que es preciso se dé una relación causal entre ellos, y como la misma se rompió al marchar el recurrente mejorado de la radiodermitis, por no ser consecuencia de ella el proceso infeccioso que padeció y que culminó en la amputación sufrida, nexo no justificado, es evidente que al faltar este requisito, no existiría el deber de indemnizar".

No se interrumpe el nexo de casualidad cuando el daño se haya producido como consecuencia de una sucesión de acciones y omisiones indisolublemente ligadas entre sí y dependientes todas de aquella que constituye la causa primera, necesaria y eficiente; sin embargo, en la reconstrucción del nexo casual referido a un determinado suceso, la superposición de un hecho nuevo, idóneo por sí solo para ocasionar el evento, hace que el último absorba el primer hecho, excluyendo toda posibilidad de imputación al agente de éste, aunque uno y otro fueran culpables. No se trata tanto de sancionar una conducta ilícita como de reparar el daño producido, lo que explica esta solución que en otro caso parecería contraria a justicia. Distinto, sin embargo, como veremos luego, es el supuesto de que varias acciones produzcan conjuntamente un resultado, de forma que suprimida una de ellas, la otra no hubiera sido capaz de causarlo por sí sola, pues entonces no se da la absorción de la responsabilidad por una de ellas, sino la responsabilidad de los agentes de ambas.

Esta solución es generalmente admitida por la doctrina y conforme además con la lógica: cuando interviene el hecho extraño, es éste y no el originario el causante del daño, no pudiendo, por tanto, afirmarse que sea el primero quien lo haya producido, y sin daño no existe posibilidad de indemnización, aunque la conducta haya sido ilícita (vid sentencias de 10 de noviembre de 1905, 13 de noviembre de 1916 y 26 de mayo de 1943), puede en algunos casos no ser equitativa, por ejemplo, cuando el autor del segundo hecho causante del

daño, sea insolvente y no pueda, por tanto, indemnizarlo: ¿es justo que de su hecho se beneficie el autor del hecho primero, que sin la superposición del segundo, hubiera necesariamente producido el mismo daño y lo hubiera tenido que indemnizar? En una consideración propiamente social, parecería más lógico convertir en responsable a todo aquél que ha observado una conducta peligrosa, con lo que la parte perjudicada no quedaría sin reparación. Sin embargo, tal solución no es fácil de fundar, dado el tenor de los textos legales vigentes.

En realidad, cuando se habla de causa próxima e inmediata y se excluye la remota o mediata, parece que lo único que se quiere afirmar es que es preciso que la causa debe ser verdadera causa, y que deja de serlo cuando interviene un hecho posterior capaz por sí solo de causar el daño; en modo alguno que si se prueba que el daño se produjo en virtud del hecho originario, y que sin él no habría podido tener lugar, y, por otra parte, que no pudo ser impedido por el perjudicado, si éste hubiere tenido a su vez una normal diligencia, quede exento el agente originario de toda responsabilidad.

### La previsibilidad del daño y la relación de causalidad

La causalidad del daño es una relación de carácter objetivo que no basta por sí sola para determinar la imputación del mismo a un sujeto, ya que ésta depende, además, de la concurrencia de otros requisitos jurídicos, que unidos al de causalidad, constituyen al agente en responsable civil. La cuestión que ha de resolverse en derecho, es concretamente ésta: De los daños causados por un sujeto, ¿cuáles le deben ser imputados, dando lugar a una obligación de indemnizar? Porque podemos dejar desde ahora sentado que sin causalidad no hay imputación posible, pero que no basta la causalidad para que el hecho dañoso sea imputable al agente.

El artículo 1.107 del Código civil, a que anteriormente hemos hecho ya referencia, establece que:

> "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe, son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo, responderá el deudor de todos los que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

Imputabilidad del daño a un determinado sujeto, exige, por lo tanto, ante todo, según este precepto, una conducta dolosa o culposa, sin la cual el nexo causal carece de toda significación, pero cuando de culpa se trata, es necesario además que concurra la *nota de previsibilidad* del daño o del perjuicio, porque no basta para que la indemnización proceda que el acto sea ilícito o culpable, sino que se exige además que el sujeto haya podido preverle como posible, dadas

las circunstancias que concurrían en el momento de realizarlo. La imputación implica, pues, la existencia de una conducta libre, sin la cual no entraría en juego la doctrina de la responsabilidad, sino la del caso fortuito y la *posibilidad de un juicio de previsión* de los daños que puedan derivar causalmente de dicha conducta.

> *Sentencia de 3 de abril de* 1963: "La previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la imputabilidad del mismo, cuyo aspecto objetivo, radica en la diligencia que puede esperarse de toda persona en atención a los efectos de sus actos y omisiones, y el subjetivo, en la posibilidad dada a un sujeto determinado de prever las circunstancias en la situación del caso concreto, habiendo de determinarse en principio la diligencia exigible, según la actividad de que se trate y de la que pueda y deba esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso, por ejemplo, en una operación médica, la diligencia que en ella suele poner un facultativo, y, al conducir un vehículo de motor, el orden y presencia de ánimo de un conductor corriente."

La causalidad, por tanto, *únicamente tiene sentido jurídico cuando sea prevista o previsible por el sujeto,* de donde se sigue que la previsión es algo que constituye el contenido de un juicio, cuyas características son las propias del juicio de posibilidad a que se refería la teoría de la causa adecuada, y cuyo sentido fundamental es el de servir de base al acto de la voluntad. No se trata de un mero conocimiento o posibilidad de conocimiento, sino de un juicio que actúa directamente en la formación del querer, de una manera positiva o negativa; claro está, que quien desprecia la previsión y realiza el acto, o forma su voluntad sin la debida ponderación de motivos, incide en culpa generadora de responsabilidad. Con toda precisión, la indicada sentencia viene a declarar que:

> "La culpa o negligencia es la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podía haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal, pudiendo revestir la conducta culposa, la forma de culpa consciente que se da cuando aun reconociendo que la propia conducta puede conducir a cierto resultado dañoso, el agente tiene, sin embargo, la esperanza de que en las circunstancias dadas no se ha de producir, y la de culpa inconsciente, en la cuál no se reconoce la posibilidad del resultado, por ignorar el agente que tiene lugar el supuesto de hecho legal, pudiendo haber evitado la infracción mediante la diligencia exigible en el tráfico, bastando en ambas hipótesis que el resultado haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto, verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que incluso a la persona que obre conforme a sus deberes, no le hubiera hecho desistir de la acción, enjuiciamiento

que ha de hacerse teniendo en cuenta además de la verosimilitud muy especialmente el valor ético y económico del acto en cuestión y el valor de los bienes por él puestos en peligro."

Pero este juicio de previsión no es un juicio meramente subjetivo, sino más bien el resultado de una valoración objetiva que el Juez ha de llevar a cabo, teniendo en cuenta, no sólo su personal opinión, sino, además, y sobre todo, el juicio general que cualquier hombre medio se hubiera debido formar acerca de la posibilidad y probabilidad del daño que había de originarse, juicio que en este caso se convierte en norma de conducta para todos, en virtud de la obligación general de diligencia que nos es impuesta por la vida social, tratándose, por tanto, de un juicio dotado de valor normativo. Pero la previsibilidad del daño no es por sí sola suficiente para que la imputación haya de verificarse, ya que para que el daño previsto sea además un daño indemnizable, es preciso que sea también un daño *evitable,* pues en otro caso saldríamos del ámbito de la responsabilidad, para entrar en el de la fuerza mayor o caso fortuito. Pero esta idea de previsibilidad es en el fondo una idea relativa, y así tiene declarado el Tribunal Supremo:

*Sentencia de 9 de noviembre de* 1949: "Siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, hay que entenderlo, en su aplicación legal y práctica, como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos y extraordinarios que aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige, sin embargo, la llamada prestación exorbitante, es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que esto no sea imputable al deudor, por haberse procedido con la diligencia que las circunstancias exigían, con arreglo a lo establecido en el artículo 1.104."

Sin embargo, este criterio de la previsibilidad, plenamente aplicable en los supuestos de responsabilidad culposa, se nos muestra como insuficiente cuando nos encontramos ante la responsabilidad por dolo, y como problemático en los supuestos de responsabilidad objetiva admitidos por la Ley. Por ello se impone una consideración separada de los distintos supuestos que se nos ofrecen como fuentes de responsabilidad, y así tenemos:

*La responsabilidad por hecho doloso*

Si partimos de la base de que el dolo supone intencionalidad y tenemos en cuenta que según el último párrafo del artículo 1.107, antes transcrito, del Código civil, el deudor doloso responde no sólo de los daños previsibles, sino "de todos los que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento", podemos preguntarnos si es posible hablar de daños dolosos, si los mismos no han sido previstos por el agente, lo que supondría una contradicción por parte del precepto indicado. Sin embargo, ello no es así, pues hemos de tener en cuenta que lo que convierte en doloso un acto no es la mayor o menor conciencia de sus resultados, sino el conocimiento previo de su ilegalidad, el saber que puede ser dañoso para los demás, aunque no se hayan previsto ni podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos.

Pero esta mayor o menor conciencia de los resultados dañosos y, sobre todo, la mayor a menor desproporción entre la gravedad del acto, y los efectos que el mismo haya podido producir, podrá llevarnos a admitir una posible moderación de la indemnización dejada al arbitrio de los Tribunales, que aunque a primera vista el Código civil, en su artículo 1.103, limita a los casos de culpa, podría hacerse extensiva a supuestos aparentemente dolosos, simplemente considerando que las fronteras entre la culpa y el dolo no son fáciles de establecer (*culpa lata dolo aequiparatur*) y, por tanto, será siempre factible negar la calificación de doloso a un acto que haya causado daños desproporcionados a la gravedad de la infracción cometida.

*La responsabilidad por hecho culposo*

Responde el deudor que incidió en culpa de todos los daños "previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación", siendo tal previsión, según aclara el artículo 1.104, la "que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". No se altera, sin embargo, la norma objetiva a que antes hemos hecho referencia, ya que el propio precepto aclara a continuación que: "Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia", standard objetivo que desde el Derecho romano ha venido sirviendo para medir el grado de diligencia debida en cada caso concreto.

En realidad, exigir una diligencia medida por la de un hombre medio, presupone, a nuestro juicio, establecer una presunción de capacidad en el agente, y sentar, en cierto modo, las bases objetivas de la teoría de la responsabilidad. Pero nuestro Código no se detiene aquí, sino que, siguiendo esa misma línea objetivadora, va estableciendo todo un progresivo sistema de presunciones, que acaba por imponerse en ciertos casos, mediante fórmulas que suponen verdadera responsabilidad sin culpa. Así podemos señalar:

1.º El artículo 1.902, al establecer el principio general de la responsabilidad aquiliana, exige la prueba directa no sólo del daño, sino de la culpabilidad del acto, según una constante jurisprudencia:

> *Sentencia de* 30 *de junio de* 1954: .El artículo 1.902 exige: 1.º La realidad de un daño producido al que ejercita la acción. 2.º Un acto imprudente o negligente por parte de la persona contra quien la acción se dirige. 3.º La relación de causa a efecto entre este acto negligente y aquel daño, ya que nuestra legislación no sigue la teoría de la responsabilidad sin culpa."

2.º El artículo 1.101 del C. c., que regula la responsabilidad debida a culpa contractual, establece la presunción de culpa en el incumplimiento, presunción, sin embargo, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, cuando se demuestre la imprevisibilidad del daño, prueba que es siempre a cargo del deudor.

3.º El artículo 1.903 del C. c., en cuanto regula la responsabilidad de los padres, tutores, dueños o directores de empresa, Estado, cuando no obra a través de agente especial, y de los maestros o directores de artes y oficios, por los daños causados por las personas que están bajo su dependencia, responsabilidad que solamente cesará "cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño". Se parte, por tanto, de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, cuya destrucción es a cargo del deudor. La misma doctrina parece ser de aplicación cuando se trate de daños producidos por las cosas, dado el tenor de los artículos 1.907, 1.908 y 1.910, que a la misma se refieren.

4.º Cuando se trata de daño causado por los animales, previsto en los artículos 1.905 y 1.906 del C. c., nos encontramos ya, según una reiterada jurisprudencia, ante verdaderos casos de responsabilidad objetiva, que deriva no de la culpa, sino de la propiedad de los animales:

> *Sentencia de* 3 *de abril de* 1957: "Tanto por el texto claro de este artículo como por la doctrina de las sentencias, entre otras, de 19 de octubre de 1909 y 23 de diciembre de 1952, es de sentido lógico afirmar que basta que un animal cause perjuicio para que nazca la responsabilidad objetiva de su propietario, sin requerirse la existencia de culpa o negligencia de éste, ya que es sólo suficiente su condición de dueño para la imputabilidad que le corresponde, consecuencia de los daños que originó, aun cuando el animal se escape o se extravíe, imputabilidad que sólo reconoce dos excepciones: una, que haya existido fuerza mayor, y otra, que derive de culpa proveniente del que lo hubiere sufrido, circunstancias que ha de alegar el que las propone."

Esta excepción de fuerza mayor, en un caso en que rige la responsabilidad sin culpa, no puede menos de ser significativa, ya que nos lleva al convencimiento de que la razón de ser de la responsabi-

lidad establecida en este precepto no es otra que el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, por entenderse que el hecho de tener y disfrutar de esos animales que supone ciertos riesgos que el propietario debió prever al adquirirlos, y sólo cuando los daños causados eran imprevisibles o inevitables cabrá exonerarle de responsabilidad.

*La responsabilidad por hecho no culposo*

El Tribunal Supremo, sin llegar a admitir la teoría de la responsabilidad sin culpa, que expresamente ha rechazado en numerosas sentencias, ha venido, sin embargo, aproximándose progresivamente a ella, mediante interpretaciones particulares en casos concretos y consideración liberal de las pruebas practicadas. Tal tendencia objetivadora, que, como hemos visto, ya se marca dentro de nuestro Código, se refleja con gran claridad, por ejemplo, en la

> *Sentencia de* 14 *de mayo de* 1963: "Es de advertir que esta Sala, sin pronunciarse abiertamente por esta teoría de la responsabilidad objetiva, en algunos casos concretos ha admitido la obligación de indemnizar los daños cuando el autor de ellos *no demostró* haber obrado con la diligencia debida: *a*) Así en la sentencia de 19 de octubre de 1909 declaró que basta que un animal cause perjuicio a las personas o a las cosas para que nazca la responsabilidad del dueño, aun no imputándose a éste ninguna negligencia. *b*) En la sentencia de 19 de enero de 1928 dijo que la responsabilidad puede surgir "aunque en la realización de los hechos —dañosos— no haya intervenido culpa o negligencia del obligado a reparar el daño causado". *c*) En la sententencia de 10 de julio de 1945 proclamó que aunque el criterio de la responsabilidad objetiva en atropellos causados por automóviles no esté consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en determinados casos pueda presumirse la culpa y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción. *d*) En la sentencia de 2 de marzo de 1956 estimó que no puede excusarse la responsabilidad del causante de un daño el haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que viene obligado, cuando la realidad se impone demostrando que las medidas adoptadas no dieron resultado. *e*) En la sentencia de 7 de enero de 1960, que volvió a declarar que para la exigencia de responsabilidad del artículo 1.902 no es necesario en cuanto su texto la previa ilicitud."

Poco después, afirmaba, si cabe, con mayor rigor tal punto de vista, aunque sin admitir de modo definitivo tal principio:

> *Sentencia de* 5 *de abril de* 1963: "Ni se abre con ello tampoco la puerta de modo expreso a una responsabilidad objetiva,

sino que solamente, de acuerdo con la tendencia doctrinal y jurisprudencial, ante los riesgos que el progreso de la vida moderna crea o a que da origen, se suaviza la exigencia de una prueba completa o plena de los hechos frente a la peligrosidad de éstos... lo cual aconseja dar cabida al principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio del más débil."

La legislación española, por su parte, si no en el Código civil, sí en una serie de leyes especiales, ha venido admitiendo el principio de la responsabilidad sin culpa de manera expresa, en relación con determinadas actividades creadoras de graves riesgos, y así podemos señalar:

*a*) La *Ley de Accidentes de Trabajo* (Texto refundido aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956). Después de definir en su artículo 1.º el accidente como: "Toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena", establece, en su artículo 6.º, las bases de una responsabilidad absolutamente objetiva: "Son indemnizables los accidentes definidos en el artículo 1.º, a menos que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente. Deberá entenderse existente la fuerza mayor cuando sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el ejercicio de la profesión de que se trate. En ningún caso se considerará como fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos naturales análogos. La imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que a éste inspira, no exime al patrono de responsabilidad."

Queda, por tanto, claro que únicamente se excluyen de la responsabilidad por accidentes los derivados de culpa extraprofesional y los producidos por fuerza mayor extraña al trabajo, debiendo tenerse en cuenta, por otra parte, que el Tribunal Supremo viene haciendo aplicación en esta materia, con extraordinaria amplitud, del principio "*in dubio pro operario*" (vid. sentencia de 30 de enero de 1963, que resume tal doctrina).

*b*) La *Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado,* de 26 de julio de 1957, determina, en su artículo 40, que: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, *salvo los casos de fuerza mayor,* siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o en la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa."

*c*) La Ley de 21 de julio de 1960, que establece el régimen jurídico de la *Navegación aérea,* parte de la distinción entre la responsabilidad por culpa y la meramente objetiva, que admite dentro de determinados límites. "La razón de indemnizar, dice el artículo 120, tiene su base objetiva en el accidente y procederá hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen en cualquier supuesto, incluso en el accidente fortuito y aun cuando el transportista,

operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia." Tales límites de la responsabilidad, que se fija en cantidades determinadas por la Ley en cada caso, no tendrán aplicación si "se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista *dolo o culpa grave*" (art. 121). Es claro que en tales casos entran en juego los principios generales que rigen la responsabilidad dolosa o culposa.

*d*) El artículo 39 de la *Ley sobre responsabilidad penal y civil por uso y circulación de automóviles* establece que: "El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daño a las personas o a las cosas, estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuere debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste, ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos."

*e*) La Ley de 29 de abril de 1964 regula la responsabilidad civil por los daños causados por la *Energía nuclear,* establece en su artículo 45 que: "El explotador de una instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuenta con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por culpa o negligencia, el Tribunal competente podrá exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar la indemnización por los daños sufridos por dicha persona. No producirán responsabilidad para el explotador los daños causados por un accidente nuclear que se deba directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección o catástrofe natural de carácter excepcional."

Según el artículo 52, "el explotador responsable de accidente nuclear sólo estará obligado a satisfacer las indemnizaciones hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley". En los casos en que el daño exceda de la cobertura, el artículo 52 dispone que si éstos se han causado a las personas: "El Estado arbitrará los medios legales para cubrir la diferencia", y si son daños en el patrimonio, "se procederá a un prorrateo con arreglo a la importancia del daño acaecido en cada patrimonio".

### El límite de previsibilidad y la responsabilidad objetiva

Todos los supuestos de responsabilidad objetiva que acabamos de señalar —salvo el de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de los servicios públicos— presentan la común característica de ir vinculados a un sistema de seguro obligatorio, lo que hace que los

riesgos se repartan y compensen entre toda la comunidad, perdiendo así toda sombra de sanción penal la indemnización de daños y perjuicios. Ello no obstante, es claro que tal responsabilidad no se llega a fundar en el principio de causalidad puro, sino que, por el contrario, al excluirse expresamente en todos ellos la fuerza mayor, es decir, al no ser resarcibles los causados por eventos imprevisibles o inevitables, producidos fuera del ámbito de actividad de la entidad obligada al resarcimiento, siguen, por lo menos en este aspecto, presentando, en último término, una nota de subjetividad en su concepto.

Juega también aquí, por tanto, el juicio de previsión o de posibilidad como limitador de los daños resarcibles, juicio que en este caso es cierto que no se refiere a un sujeto determinado, sino a la propia actividad creadora de riesgos en que se funda. Son los riesgos que esa actividad naturalmente es capaz de producir según la previsión humana los únicos comprendidos en la responsabilidad, y se excluyen, en cambio, los que hallan su origen en causas ajenas a tal actividad, procedentes de la naturaleza o de cualquier evento que pueda producirse por actividades ajenas. Pudiéramos decir que se supone o presume que todo aquel que se entrega a tales actividades gravadas con la responsabilidad objetiva debe hacer un juicio de previsión por el solo hecho de dedicarse a ellas, aceptando con ello las consecuencias dañosas que aun empleando la mayor diligencia son inherentes a la misma.

A nadie es lícito beneficiarse en perjuicio de otro, y, por tanto, quien compra un automóvil, explota una aeronave, utiliza en su propio provecho la energía nuclear, emplea obreros para la empresa en que se propone obtener lucros, es justo que responda de los riesgos que con ello crea, riesgos que en un orden normal ha debido prever, aunque en modo alguno dependan al producirse de su voluntad subjetiva ni se puedan evitar con la mayor prudencia. Es lógico, por tanto, que se excluya aquí la fuerza mayor, ajena a las actividades de la empresa, puesto que tal fuerza mayor no pudo ni debió ser prevista. La determinación de los daños que han de ser objeto de resarcimiento sigue entonces limitada por tal previsión abstracta, en cuanto la responsabilidad, tanto en el caso de culpa como en el de responsabilidad objetiva, vienen a fundarse en último término en un hecho humano, en una conducta determinada del hombre.

Incluso en el caso de responsabilidad por dolo, en que se responde no sólo de los daños previstos, sino de todos los demás que pudieran derivarse del acto doloso de un modo conocido, entendemos que ha de excluirse la fuerza mayor, si ésta ha actuado como causa independiente, dotada por sí sola de virtualidad para producir, aun sin la intervención del hecho humano doloso, la plenitud de su resultado, y entonces, como en el caso de la responsabilidad objetiva, se excluyen de la indemnización los daños producidos *ex aliena causa,* se produce una interferencia de dos series causales, cuya trascendencia no puede ser otra que la de la absorción de la primera por la segunda.

## La conducta humana considerada como causa del daño

La conducta del hombre viene, tanto en un caso como en otro, a constituir un elemento necesario para que la responsabilidad civil se produzca, ya que todas las causas que determinan una responsabilidad tienen su origen, directo o indirecto, en esa conducta. Se impone, por tanto, examinar en qué condiciones puede el comportamiento del hombre ser considerado como causa del evento productor de daños.

Se suele hablar de causalidad humana y de causalidad natural como de dos conceptos perfectamente diferenciados, atribuyéndose a la primera un valor moral y a la segunda un puro sentido físico. Es la causalidad moral y no la causalidad física la que determina el nacimiento de la responsabilidad, en cuanto hace posible la imputación a una persona de un determinado resultado; pero es lo cierto que la voluntad humana, causa moral de sus actos, sólo actúa jurídicamente produciendo modificaciones en el mundo de los fenómenos exteriores, y para ello pone al servicio de sus fines todo el sistema de causas físicas y mecánicas que con su intervención voluntaria orienta y determina.

Dando un paso más, podemos decir que en todo resultado creador de responsabilidad confluyen causas humanas y causas físicas, vinculándose íntimamente en una serie causal, que en último término se reconduce a la voluntad que la produjo, dándole el primer impulso. Es evidente que al decir que ese primer impulso ha de ser voluntario, exige plena conciencia y libertad de actuación, sin las cuales el hecho del hombre no podría ser considerado sino como un hecho físico más, sometido a la ley de la necesidad. Pero la conducta del hombre, como causa moral, pude desenvolverse a través de una actuación positiva, mediante la posición de un acto determinado, o consistir simplemente en una falta de acción, en una omisión voluntaria; es decir, que puede crear una relación causal de resultado dañoso, originando daños que no se hubieran nunca producido sin un acto de voluntad, o por el contrario, limitarse a no interrumpir, mediante su intervención en una serie causal no creada por él, un resultado dañoso que en sus manos estaba el impedir.

Si vinculamos esta conducta a una obligación, tendremos que el contenido de ésta puede consistir en *un hacer* o en un *no hacer,* como dice el artículo 1.088 del Código civil: no hacer lo que se debe o hacer lo que no se debe, es lo que da nacimiento a una responsabilidad. En el orden penal, este hacer o no hacer se halla impuesto por la definición del tipo delictivo, en cada caso concreto; en Derecho civil, existen también definidos determinados tipos de conducta como causantes de responsabilidad, unas veces por la Ley y otras por el contrato, pero además de ellos, hemos de admitir la existencia implícita en nuestro ordenamiento de una norma genérica que nos prohibe dañar a otro con nuestra conducta activa o pasiva, naciendo de su infracción una responsabilidad civil atípica que se traduce en la obligación de indem-

nizar pecuniariamente a la víctima los daños y perjuicios que se le hayan podido producir.

Es claro que una conducta dañosa es, en principio, una conducta ilícita; pero, según hemos visto, al admitirse con mayor o menor amplitud el sistema de la responsabilidad objetiva, aparece el daño más que la culpa como origen de la responsabilidad, no siendo, por tanto, necesario que el acto sea ilícito para que ésta se produzca. Se aceptaron *a priori* las posibles consecuencias dañosas que son siempre previsibles al emprender un género de actividad creadora de riesgos, y aunque tal actividad e iniciativas sean completamente lícitas, producen, en virtud de esa previsión, una imputabilidad de los daños producidos durante su desenvolvimiento, de forma no culposa. Es obvio que si quiero evitar tales consecuencias me basta con renunciar a la explotación o al uso de actividades peligrosas.

Lo que ocurre es que, al ser distinta la cualidad del hecho originario de la serie causal —daño doloso, negligencia o lícita creación de riesgos—, será diferente también la valoración que haya de hacerse a los efectos de la imputación de sus posibles consecuencias. Pero entonces excedemos del campo de la mera causalidad para entrar en el de la culpabilidad. Ya Ihering defendía el principio del equilibrio entre la culpa y la reparación, y el artículo 1.103 de nuestro Código civil determina que "La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en toda clase de obligaciones; *pero podrá moderarse por los Tribunales, según los casos.*" A una mayor culpa, corresponderá, por tanto, una mayor reparación.

Ello supone, evidentemente, una valoración en cada caso del elemento moral: en el caso del dolo, según hemos visto, la responsabilidad se extiende a la totalidad de los daños causados, en el de responsabilidad objetiva, se establecen por la ley unas cantidades máximas comprendidas por la cobertura, de las que no puede exceder la indemnización; en los casos de responsabilidad culposa, la moderación se confía al arbitrio del Juez. Pero cabe preguntarse si estas facultades moderadoras se extienden sólo a la fijación del *quantum* de la indemnización, o pueden también afectar a la selección de los daños indemnizables; es decir, extender o limitar, según los casos, la serie causal, llevándola más o menos lejos según sea mayor o menor la negligencia del responsable.

Entendemos que siendo la base sobre la que se construye jurídicamente la relación causal la previsibilidad de los daños, no hay que poner en duda que puede el Juez, al formular su juicio de previsibilidad, con las probabilidades que encierra, hacerlo con mayor rigor, según sea mayor o menor la culpa del agente, por cuyo medio es obvio que podrá limitarse no sólo el *quantum* de la indemnización, sino también la clase y extensión de los daños que han de ser tenidos en cuenta para la determinación del resarcimiento. La mayor o menor previsibilidad de un daño, su mayor o menor probabilidad, determinan naturalmente una culpa mayor o menor en el agente, que

habrá de traducirse en una reducción de su responsabilidad o en una ampliación de la misma según los casos.

## La concurrencia de causas

Hasta ahora hemos venido considerando el supuesto de una serie causal única, determinante del resultado, y caracterizada por poder ser reducida, directa o indirectamente a una voluntad personal. Pero es frecuente que en el complejo de relaciones que en la vida se establecen, concurran a la producción de un determinado resultado no una, sino varias series causales independientes en su origen, pero comunes en su acción. En tal caso, se impone una distinción fundamental previa: la nueva serie causal, puede proceder de un hecho de la Naturaleza, es decir, ser casual, o de un hecho humano libremente causado por otra persona. Así tenemos:

*a*) Si el resultado se hubiera producido con y sin la concurrencia de la nueva causa de una serie natural, la responsabilidad nace íntegra en el sujeto autor de la primera:

> *Sentencia de* 10 *de noviembre de* 1924: "Los daños eran fácilmente evitables con sólo que la Compañía, ateniéndose a reglamentarias exigencias, hubiere sacrificado su interés económico al general, adoptando las medidas necesarias para evitar las consecuencias que se sucedieron, por las cuáles sobrevino el daño, no de un modo natural, imprevisto e irresistible, meteoro lluvia, que producía las avenidas, sino que éstas venían a actuar sobre los actos y omisiones de la Compañía, que había almacenado en el cauce y márgenes del río, elementos nocivos, tóxicos de la vida vegetal, que por aquella ilegítima colocación, estaban en disposición de que el agua las difundiera, extendiéndolos sobre las propiedades ribereñas, y se impone la necesidad de aplicar al caso de autos la obligación de indemnizar los daños causados, según el precepto del artículo 1.902 del Código civil, sin que tal responsabilidad se halle desvirtuada por la excepción del artículo 1.105 del propio Código civil."

*b*) Si el resultado ha sido consecuencia de la nueva serie causal, sin que en él haya actuado para nada la primera causa puesta por el sujeto, aunque ésta hubiere sido ilícita, no nace, en cambio, responsabilidad alguna:

> *Setencia de* 30 *de enero de* 1951: "El hecho de que viajasen en el camión varias personas, contraviniendo dicho precepto, no guarda relación de causalidad con aquél, exclusivamente debido a caso fortuito de rotura de frenos, y por tanto, intrascendente en este pleito, sin perjuicio de la sanción administrativa en que según el mismo Código haya incurrido el conductor."

*c*) Si el resultado se hubiera producido necesariamente en virtud de la primera causa puesta voluntariamente por el sujeto, y la causa nueva de la serie natural, se ha limitado a agravar el daño, es preciso distinguir nuevamente:

1.º Si la interferencia de la nueva causa era previsible en el momento de ser puesto el acto causal originario, es evidente que es un daño previsible, y por lo tanto, indemnizable por entero por parte del agente.

2.º Si, por el contrario, era imprevisible, constituyendo verdadera fuerza mayor, parece lógico concluir que la indemnización deberá limitarse al daño previsible, quedando exonerado el agente de la que corresponda al mayor daño producido por la fuerza mayor.

En el segundo supuesto, es decir, cuando la nueva causa proceda de una voluntad humana, distinta de la del agente originario, habremos también de distinguir:

*a*) Si nos encontramos ante un caso de *culpa común* propiamente dicha, es decir, de un supuesto en que el hecho único origen del daño, procede del acto conjunto de diversas personas, nadie discute que todas ellas son responsables del mismo: se trata del supuesto de la coautoría, en que aun siendo varios los agentes, el hecho causal es único.

*b*) Si por el contrario, nos encontramos ante dos causas distintas, puestas por dos autores diferentes, que confluyen en la producción de un resultado, que sin su interferencia producida a *posteriori* no se hubiera podido producir, habremos de considerar:

1.º Si la interferencia de ambas causas era previsible, en cuyo caso la responsabilidad de ambos agentes es indudable.

2.º Si tal interferencia era imprevisible, en cuyo supuesto nos encontraremos ante un caso fortuito, y ambos autores quedarán exonerados de toda responsabilidad.

*c*) Puede darse, finalmente, el caso de que el hecho primero sea la *causa sine qua non* del daño y que la nueva causa, que no hubiera nunca podido causarlo, ha venido a agravar su resultado. Parece que en tal supuesto, el autor de la primera causa responderá —si la nueva era previsible— de la totalidad del daño; y el de la segunda, si pudo prever la interferencia, tan sólo de la agravación. Si el autor de la primera causa no pudo, a su vez, prever la posible agravación, responderá tan sólo del daño no agravado.

Así planteadas las cosas, se suscita una doble cuestión del mayor interés: ¿habiendo concurrido varias personas en la producción del daño —tanto en el supuesto de coautoría como en el de interferencia de causas— en qué medida responderá frente a la víctima cada una de ellas? Y, en el supuesto de que a ambas corresponda una responsabilidad por entero, ¿tendrán derecho luego a exigir de los restantes responsables el reintegro de la parte proporcional que a cada uno de ellos pueda corresponder en la producción del daño?

La jurisprudencia española se ha mostrado en este punto vacilan-

te y a veces contradictoria. En principio, parece que parte de la base de una responsabilidad *in solidum*, es decir, que admite la tesis clásica de que cada uno de los responsables, de por sí, debe responder de la totalidad del daño:

> *Sentencia de* 24 *de febrero de* 1928: "Los funcionarios encargados de la vigilancia y del cumplimiento de las disposiciones legales que regulan el tendido de líneas eléctricas, son civilmente responsables, aunque su desidia no exonera a la Compañía que también las incumpliera."
>
> *Sentencia de* 13 *de marzo de* 1929: "Declarado que el demandado no era sólo Agente de Aduanas, encargado como tal de despachar la documentación en las oficinas respectivas, sino que para el caso de autos obraba además como representante particular de las casas compradoras de la mercancía que causó el daño por negligencia en la colocación de las mismas en el puerto, hay que derivar la indiscutible responsabilidad de ambas entidades, por los actos realizados por su representante o dependiente con ocasión de sus funciones a tenor de la dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil."

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, resolviendo un caso de concurrencia de culpas, en que el perjudicado pretendía hacer valer el principio de solidaridad, procediendo contra uno de los causantes por el daño total, estableció la tesis contraria:

> *Sentencia de* 19 *de febrero de* 1959: "Nuestro derecho positivo, en contraste con otros extranjeros, y con algún sector doctrinal tendiente a fortalecer los vínculos obligatorios con la concurrencia de varios sujetos pasivos, sobre todo si no es fácil determinar y separar con nitidez las respectivas responsabilidades por la índole de la fuente que las origina, no establece la solidaridad fuera del pacto y de la común intención de las partes que desean dar unidad a las relaciones jurídicas en cuanto a la prestación, salvo que la ley en sus expresivos mandatos y autorizaciones, determine lo contrario como excepción, según informan para sus acotados supuestos fácticos, los artículos 145, 1.084, 1.731, 1.784 y 1.890 del Código civil, excepciones que confirman y convalidan la norma general contenida en los artículos 1.137 y 1.138 del propio Cuerpo legal, infringidos por la Sala de instancia, ya que el Tribunal *a quo*, contrariamente al juzgador, estableció una obligación solidaria al pago de la cantidad procedente como indemnización adecuada a la actora y a cargo del patrimonio de los demandados constructores de las obras, pero construyendo por su cuenta el principio de la solidaridad pasiva a pretexto de existir fundamentos de justicia y equidad, olvidando que el legislador, cuando desea que el Juez se desvincule de las normas rígidas de sus textos legales para dar paso a decisiones encauzadas en tales principios superiores, así se manifiesta sin ambages, autorizándolo, como prueban,

con más o menos amplitud, los artículos 44, 1.103 y 1.690, entre otros."

En realidad, esta sentencia para resolver el problema acude innecesariamente a la teoría de la solidaridad, ignorando que ante lo que se encuentra es ante una obligación *in solidum,* que es una cosa muy distinta, pues cada uno de los deudores responde por entero, con independencia de los demás, ya que el vínculo del que su responsabilidad deriva, es un vínculo independiente, que ha nacido por sí solo. Persistiendo en el mismo error, acepta, por el contrario, en otro fallo posterior la tesis de la solidaridad:

> *Sentencia de* 14 *de febrero de* 1964: "Si bien es cierto que la solidaridad al no presumirse debe expresamente establecerse, hay casos en que la impone el legislador en atención a ciertos intereses que quiere tutelar, cuál es la decretada como sanción de una falta para que el perjudicado tenga la garantía de poder dirigirse indistintamente contra cualquiera de los responables, sin necesidad de fraccionar su reclamación, caracteres y requisitos que concurren en las obligaciones del artículo 1.903 del Código civil, puesto que: 1.º Hay pluralidad de sujetos pasivos, por estar obligados a reparar, tanto el autor material del daño, como la empresa de que aquél es empleado o dependiente. 2.º Unidad de objeto, cristalizado en reparar el daño causado. 3.º Pluralidad de vínculos, pues la obligación de la empresa, fundada en la culpa *in eligendo* o *in vigilando,* es distinta e independiente de la del autor material. 4.º Garantía del perjudicado, el que para conseguir la indemniación puede dirigirse indistintamente contra ambos responsables o cualquiera de ellos, puesto que cada uno de ellos es deudor por entero de la obligación de reparar la totalidal del daño causado, y por todo ello, ratificando la doctrina de la Sala en Sentencia de 24 de marzo de 1953, hay que declarar que la responsabilidad definida en el artículo 1.903 del Código civil, es solidaria."

Ciertamente que no se trata aquí de un caso de concurrencia de causas propiamente dicha, ya que la serie casual es una sóla, y las razones de esta doble responsabilidad muy distintas, pero no parece que tal argumentación sea diferente de la que permitiría establecer una responsabilidad solidaria, incluso en el caso de concurrencia de series causales distintas e independientes. Lo que ocurre es que el precepto señalado en la sentencia, no establece, contra lo que el Tribunal Supremo estima, una verdadera responsabilidad solidaria, sino más bien una responsabilidad *in solidum,* que permite al dueño de la empresa repetir por entero contra el autor material del daño, según establece de modo expreso el artículo 1.904 del Código civil, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de verdadera solidaridad, que exigiría un reparto por igual entre ambos responsables, según el precepto del artículo 1.136 del mismo Código.

Sin embargo, en esta materia, la tendencia actual se dirige a convertir en estos casos en solidaria la responsabilidad de los distintos deudores, no obstante la independencia de origen de sus respectivas responsabilidades, y así tenemos que según el artículo 123 de la Ley de Navegación aérea: "En caso de colisión entre aeronaves, los empresarios de ellas serán solidariamente responsables de los daños causados a un tercero. Si la colisión ocurre por culpa de la tripulación de una de ellas, serán de cargo del empresario los daños y pérdidas, y si la culpa fuese común o indeterminada o por caso fortuito, cada uno de los empresarios responderá en proporción al peso de la aeronave:" El artículo 52 de la Ley de Energía nuclear, en su párrafo 2.º, establece que: "Si la responsabilidad del daño nuclear recae sobre varios exportadores, éstos responderán solidariamente por el daño acaecido, hasta el límite de cobertura que se señale."

Pero el hecho de que frente al acreedor los distintos responsables respondan *in solidum,* por la totalidad del daño, no resuelve, en modo alguno, el problema de la distribución entre ellos de las consecuencias del daño causado a los efectos de una posible repetición del condenado contra los demás responsables. El artículo 106 del Código penal, determina que: "En el caso de ser dos o más los responsables de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno"; y el Código civil, aunque no considera concretamente la cuestión, parece dar base a la misma solución, en cuanto al artículo 1.103 concede a los Tribunales una facultad de moderación, que en este supuesto traería consigo una distribución proporcionada a la gravedad de las respectivas culpas.

Lo que ocurre es que esta indeterminación previa de la cuantía de la indemnización que a cada uno de los responsables corresponde prestar, fijada, salvo en algún excepcional supuesto, sobre bases subjetivas, atendiendo "a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1.104), crea serias dificultades para el juego de la solidaridad: si en virtud del mismo yo demando a uno de los responsables, y el Juez modera su responsabilidad, no cubriendo la misma íntegramente el daño, es indudable que no quedará totalmente cubierto mi daño, y que, por lo tanto, deberé reclamar contra los demás responsables el resarcimiento de la diferencia. Si accioné contra uno de ellos y el Tribunal le condenó a la indemnización total, por el principio de solidaridad y no estimar que fuese pertinente la moderación en relación al mismo, ¿por qué cantidad podrá éste repetir contra los demás, si ignora en cuánto habrá de fijar el Juez la participación de cada uno de ellos?

La cuestión se presenta aún más llamativa en los casos en que concurre una responsabilidad objetiva con una responsabilidad culposa. El responsable objetivo, como hemos visto anteriormente, podrá repetir por la totalidad de la indemnización prestada contra el responsable culposo; éste, por el contrario, carecerá de acción para exigir el reintegro total o parcial contra el responsable objetivo. De

lo dicho se sigue que no es jurídicamente correcto calificar de solidaria esta relación, que hemos de construir más bien como una responsabilidad *in solidum* que gravita sobre cada una de las personas responsables, con el límite que la Ley o el juzgador determinen en cada caso concreto.

## La culpa del perjudicado

Tradicionalmente se ha venido admitiendo el principio de que "*volenti non fit iniuria, quod quis ex culpa sua damnum sentit, non videtur damnum sentire*". La culpa del perjudicado, cuando concurre causalmente a la producción del daño, parece excluir, en principio, la responsabilidad de los restantes causantes del daño. En materia de responsabilidad objetiva, esta norma es de rígida aplicación, salvo en el caso de responsabilidad por accidente de trabajo, en que, como hemos visto, la culpa profesional de la víctima, no exime de responsabilidad al patrono. Pero, ¿ocurrirá lo mismo cuando se trate de responsabilidades dolosas o culposas?

La jurisprudencia española ha venido evolucionando en esta materia, partiendo de una posición inicial que negaba toda responsabilidad en los casos de culpa de la víctima:

> *Sentencia de 7 de marzo de* 1902: "Con arreglo a la doctrina de la que es expresión el artículo 1.902 del Código civil, la culpa o negligencia es fuente de obligaciones cuando entre ella y el daño se da la relación de causa a efecto; pero si el mal producido no dimana de los actos u omisiones de un tercero, no alcanza a éste la obligación de repararle, aunque tales actos u omisiones sean imprudentes o ilícitos, y mucho menos cuando se justifica que el daño tiene por causa inmediata la propia imprudencia de la víctima."

Sin embargo, este punto de vista vino luego a ser modificado, en el sentido de exigirse para que la compensación se produzca, que ambas culpas fuesen de igual grado o idéntica virtualidad jurídica:

> *Sentencia de* 18 *de enero de* 1936: "Para que la concurrencia de culpas pudiera ser compartida o compensable, se haría imprescendible que éstas fueran de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica, y en el presente caso, no están en el mismo plano ni son de la misma entidad las que se ofrecen a compensación, porque las obligaciones que atañen a la Compañía son de constante y forzosa observancia por la directa relación que guardan con las garantías que demanda el interés público y porque afectan a la seguridad, cuidado y vigilancia de los caminos de hierro y no cabe equipararlas al acto, desde luego imprudente, del conductor del automóvil surgido de improviso y que pudo determinarlo el creer que los silbidos de la locomotora le apercibían de la proximidad del tren. Del mismo modo resulta evi-

dente que desde el momento que el Tribunal de instancia apreció la coexistencia de dos culpas, en cuya virtud se ha producido el daño único, cuya reparación se intenta, era indispensable que, cual no se hizo, se determinase la relación que entre ambas existía, ya que por su importancia en sí podía la una absorber a la otra o provocar la atenuación de la responsabilidad del agente; pero de no surgir de la sentencia estas bases de compensación, la Compañía ofrece en sus omisiones mayor grado de culpa por la trascendencia del servicio que le está cometido y excluye, por lo tanto, la atribuida al recurrente."

En idénticos sentidos se manifestaban las sentencias de 24 *de mayo de* 1947, 10 *de julio de* 1943, 2 *de marzo de* 1956, 16 *de junio de* 1957, 6 *de febrero de* 1958 y 24 *de marzo de* 1963. La resolución que con mayor precisión define tal doctrina, es la

*Sentencia de* 14 *de octubre de* 1957: "Los principios sobre el nexo causal, al reconocer como causa aquella condición que se halla en conexión adecuada con el resultado dañoso, no excluyen la posibilidad de la concurrencia de dos condiciones que impliquen esa conexión adecuada al daño, como sucede cuando concurren la culpa del agente con la del perjudicado, pudiendo los Tribunales moderar la responsabilidad del agente y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado. La influencia de la culpa del perjudicado se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia como una consecuencia de la derivación del nexo causal entre el acto que obliga a indemnizar y el daño (sentencias de 7 de marzo de 1902, 16 de junio y 22 de diciembre de 1905, 13 de junio de 1923, 5 de abril de 1925, 22 y 27 de diciembre de 1928 y 26 de octubre de 1930) y si bien la sentencia de 21 de diciembre de 1910, concurriendo culpa apreciada en ambas partes, imputa los daños al agente, pese a la realidad de una cierta imprudencia del lesionado, las sentencias de 18 de enero de 1936 y 10 de julio de 1943, reconocen la posibilidad de que la concurrencia de culpa pueda ser compensada o compartida entre el agente y el perjudicado. A igual solución se llega utilizando la facultad que compete a los Tribunales para moderar, según los casos, la responsabilidad procedente de culpa (artículo 1.103), por no poder considerarse esta facultad privativa con las obligaciones contractuales, con lo que moderada de esta suerte la responsabilidad del agente y reducido en proporción su deber de indemnizar, implícitamente resulta repartido el daño con el perjudicado."

Se admite, por tanto, la posibilidad de una distribución de la responsabilidad de los daños entre las distintas personas que concurrieron a causarlos, atendiendo a criterios de mayor o menor culpabilidad, mayor o menor intervención en la producción de los mismos, distribución que en el caso de concurrencia de culpa por parte del

perjudicado, actúa con mayor sencillez, ya que se traduce en una reducción proporcional de la indemnización que ha de prestar el autor principal del daño, y que en el de concurrencia de culpas por parte de personas distintas de la víctima, presenta la mayor complejidad a que hemos tenido ocasión de aludir en el anterior apartado.

### Causalidad y enriquecimiento

Puede ocurrir que un hecho determinado, al mismo tiempo que causa un daño en un patrimonio, beneficia a otro, que puede ser el del propio agente o el de un tercero. En tales supuestos, al principio de la responsabilidad se une el del enriquecimiento indebido, que hará nacer una obligación, a cargo del beneficiado, para restituir o indemnizar en la medida de su propio beneficio. De esta manera, el artículo 108 del Código penal establece que: "El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía de su participación".

Es evidente que en tales casos, incluso en derecho civil es de aplicación de la misma norma, la cual, por otra parte, en ningún caso podrá restringir la responsabilidad del causante del daño, sin perjuicio de las acciones que tanto a éste como a la víctima puedan corresponder contra quien obtuvo el beneficio, dentro de los expresados límites, para obtener la restitución de lo indebidamente percibido. El principio de causalidad actúa aquí de una doble manera, por lo tanto.

**UNIDAD II: CAUSALIDAD**

**2) RESARCIR O ENRIQUECER. LA CONCURRENCIA DE INDEMNIZACIONES POR UN MISMO DAÑO. Encarna Roca.**

# Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño *

**ENCARNA ROCA**
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Barcelona

## I. INTRODUCCIÓN

Los temas de responsabilidad civil se han convertido en el objeto de estudio de los profesores de Derecho civil y no sólo de ellos: los administrativistas consideran que la parte de la Ley 30/1992 que regula la responsabilidad, aquí denominada *patrimonial* de las Administraciones Públicas, les pertenece casi en exclusiva. Cuando por las razones que se verán a lo largo de este trabajo un mismo daño puede ser objeto de indemnizaciones que provienen de distintas fuentes, las discusiones se multiplican, sin que la jurisprudencia haya resuelto de manera definitiva el problema. Aquí se mezclan distintas cuestiones: la compatibilidad entre reclamaciones en la vía laboral y en la civil por la responsabilidad de los empresarios; reclamaciones en la vía administrativa y en la vía civil; el problema del aseguramiento de la responsabilidad de las Administraciones Públicas y un largo etcétera que podría llevarnos muy lejos y debo decir que no es esta mi intención en esta ocasión.

Este artículo pretende ser sólo una reflexión en el tema de la acumulación y compatibilidad de indemnizaciones. No pretendo estudiar los seguros o la responsabilidad patrimonial. Sólo quiero plantear el problema y ver de llegar, si es posible, a una conclusión que pueda ser útil para permitir explicar el porqué de las soluciones

* Este artículo constituye un homenaje al profesor Albaladejo, en reconocimiento a su larga y acreditada carrera jurídica. El artículo quedó cerrado el mes de febrero de 2004.

a que la legislación y la jurisprudencia llegan. Si es posible o no, lo veremos a lo largo de estas páginas.

El hecho del daño que provoca la reclamación de indemnizaciones por los perjuicios que se hayan sufrido puede, por tanto, no mostrarse aisladamente en el mundo jurídico. Puede suceder y de hecho pasa con mucha frecuencia, que un mismo daño sea objeto de compensaciones que provienen de fuentes diferentes. Pensemos en algunos ejemplos: una víctima muy previsora y prudente contrata seguros de diferentes tipos para cubrir los daños que otros, incluida la Administración Pública, pueden producir en su persona o en sus bienes. Otro ejemplo nos lo proporcionan las relaciones jurídicas que gozan de un sistema de aseguramiento, independiente incluso de la voluntad de los implicados en la relación, como ocurre con la Seguridad Social; los seguros sociales resarcen los daños que puedan ocasionarse en el curso de la relación laboral. Otro ejemplo, finalmente, deriva de aquellas situaciones que dan derecho a reclamar determinadas compensaciones a la Administración Pública, como ocurre con las acordadas a las víctimas del terrorismo, a las de la SIDA o el VIH. Se puede objetar que el Estado no tiene por qué afrontar determinado tipo de indemnizaciones; el caso del envenenamiento por aceite de colza desnaturalizado resulta paradigmático, ya que aquí la pregunta obvia es: ¿por qué debe indemnizar el Estado cuando el responsable es alguien que después ha desaparecido, dejando sus responsabilidades sin afrontar? Recuerdo aquí que la sentencia de 23 de septiembre de 1997 (Sala Tercera) utiliza unos argumentos alarmantes, pero significativos:

> «Si ese acuerdo de reducir las responsabilidades civiles carece de un verdadero sostén legal, lo mismo sucede si nos atenemos a la idea meta-jurídica de la "solidaridad" social que en el caso que nos ocupa ha de ser tenida muy en cuenta a esos efectos indemnizatorios dadas las circunstancias antecedentes que concurrieron en lo sucedido. En efecto, nos hallamos ante un supuesto de catástrofe nacional (más de 30.000 afectados entre muertes, invalideces y lesiones de todo tipo) en que el Estado pudo y debió afrontar con las consecuencias indemnizatorias suficientes para compensar y resarcir a los afectados de sus consecuencias, como en múltiples ocasiones ha venido haciendo en supuestos, por ejemplo, de inundaciones, sequías, etc., sin esperar a que los Tribunales decidan sobre posibles responsabilidades penales. Es más, esta obligación del Estado se presenta con mayor evidencia en el supuesto del envenenamiento por consumo de aceite de colza si tenemos en cuenta y nos fijamos que la "catástrofe" no tiene su raíz en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, sino que en realidad su causa primaria no fue otra que la política mercantil del propio Estado en orden a la importación de ese aceite, que trató de proteger la producción y venta de los aceites nacionales evitando la importación del aceite de colza para fines

> comestibles debido a que tal aceite (o su semilla) aquí no se producía, y sólo aceptando su importación para usos industriales previa su desnaturalización, o, lo que es lo mismo, previo su envenenamiento. Por ello, más que nunca, el Estado, aparte su obligación jurídica, no puede evitar su obligación moral de indemnizar a los afectados en las cuantías señaladas en la sentencia, pero no en el 50 por 100 de las mismas, sino en su totalidad.»

En alguna de las situaciones antes aludidas podemos encontrar una ley que determine el alcance de los derechos de las personas que pueden reclamar las indemnizaciones acordadas legalmente, como sucede con las víctimas del terrorismo. Pero en otros casos, las leyes no prevén el supuesto de la concurrencia de causas de indemnizar y la consiguiente acumulación o no de indemnizaciones procedentes de estas distintas fuentes, como ocurre con las que se producen por razón del contrato de trabajo y las que tienen su origen en la culpa del empresario. Lo mismo ocurre cuando estos supuestos afectan a la Administración Pública. El mismo problema surge cuando la víctima ha asegurado su desgracia y el daño le ha sido ocasionado ya sea por un particular, ya sea por la Administración: ¿tiene la víctima asegurada derecho a interponer las correspondientes acciones por los daños causados?

Situaciones como las descritas en el párrafo anterior y que provocan la concurrencia de distintas causas para pedir el resarcimiento de los daños han sido objeto de interpretaciones distintas en la solución de los casos planteados ante las diferentes Salas del Tribunal Supremo, ya que no existen normas legales que determinen si estas indemnizaciones son o no compatibles y si, siendo compatibles, son o no acumulables. Para avanzar algunas ideas que luego se expondrán, puedo decir ya que este tipo de situaciones provoca una tensión evidente porque no hay un argumento claro que proporcione una solución indiscutible. Intentaré plantear el problema de la forma más clara posible: partimos de la base de que el daño es único, aunque las fuentes de su resarcimiento son plurales; si afirmamos que las diferentes indemnizaciones son compatibles, como ocurre con la pensión de invalidez y la indemnización que corresponde por el accidente laboral que ha provocado la pensión de invalidez, pueden darse dos soluciones: *la primera,* considerar que las indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, de manera que habrá que deducir de la indemnización a que se tenga derecho sobre la base del artículo 1902 CC lo que se haya cobrado a través de otras fuentes; esto provoca el enriquecimiento de quien haya provocado el accidente, laboral en el ejemplo utilizado, porque el empresario sólo deberá pagar en concepto de daños la diferencia entre lo que se haya cobrado por razón de las prestaciones

sociales incluidas en el contrato laboral y el daño realmente sufrido. Ello ocurre cuando se afirma que aunque las prestaciones son compatibles, no pueden acumularse. Puede darse una *segunda respuesta* si entendemos que las prestaciones son independientes porque tienen causas distintas; entonces quien se enriquece es la víctima porque podrá reclamar diferentes compensaciones por el mismo daño, acumulándolas y por tanto, se producirá lo que más temen los especialistas en Derecho de daños, la sobreindemnización.

Ciertamente, las cosas no son tan simples como se han planteado en el anterior apartado, porque existen muchas matizaciones según que el seguro que cubra los daños producidos sea puramente privado o se trate de prestaciones públicas, o bien se trate de un seguro de daños personales o de suma (seguros de vida, de accidentes, etc.). Sin embargo, una primera impresión puede llevarnos a una conclusión bastante cercana a la realidad, a saber, que en todos los casos se puede producir un enriquecimiento injusto: cuando no se acumulen las indemnizaciones, porque el empresario, sea quien sea, no pagará todo lo que debería pagar si el daño no hubiese sido objeto de un previo aseguramiento, sobre todo cuando se trata de acumular seguros sociales, y que una parte del daño irá a cargo de la propia víctima debido a su previsión; entonces la víctima lo será doblemente porque habrá invertido unas cantidades (las primas del seguro) que si aceptamos la tesis de la no acumulación, disminuirán lo que debería cobrar por el daño sufrido. Su previsión le habrá jugado una mala pasada. Pero si se opta por la acumulación y se permite la reclamación a más de uno, el seguro y el productor del daño por ejemplo, la víctima se enriquecerá, no será resarcida, porque cobrará más de una indemnización por el mismo daño. Estamos en un círculo infernal que ofrece pocas salidas.

Con estos planteamientos intentaré examinar los distintos casos de compatibilidad que existen en nuestro ordenamiento, para ver de encontrar una solución lo más adecuada posible en nuestro sistema.

## II. LA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO* Y EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Es posible que un mismo daño ocasione al mismo tiempo un beneficio al perjudicado. El ejemplo más típico se plantea en el ámbito del Derecho privado, pero no puede excluirse tampoco en las reclamaciones contra la Administración Pública: la muerte de un familiar ocasionada por la negligencia de los servicios sanita-

rios ocasiona la apertura de la sucesión y el hijo, inicialmente perjudicado por la muerte de su padre, hereda una cuantiosa fortuna. Aquí empiezan ya a plantearse las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia, porque hay quien considera que estos beneficios deben imputarse en la valoración del daño [1], de manera que esto se calificará como *imputación* o también *computación de beneficios*, que ha sido sostenida partiendo de la idea del carácter resarcitorio de la indemnización y de la prohibición del enriquecimiento sin causa. Por el contrario, hay quien considera que estos dos tipos de adquisiciones provienen de fuentes diversas, con la consecuencia de que son independientes y que la herencia no debe computarse en el cálculo de la indemnización como consecuencia del daño: el daño existe igual.

En el razonamiento se incluye, es evidente, el argumento del enriquecimiento injusto, porque la primera de las dos opciones se formula precisamente para evitar que se produzca el enriquecimiento de la víctima que desde el punto de vista del cómputo de los daños lo es en un grado menor en tanto que resulta compensada por otra fuente, por lo que ello ha provocado que siempre se haya considerado con mucha cautela la posible acumulación. Por ello existe una cierta unanimidad en considerar que la computación de beneficios sólo puede producirse en aquellos lucros que derivan del mismo hecho y que deben excluirse aquellos que en un cálculo de posibilidades sean ajenos al hecho que ha provocado el daño [2]. Esta es la postura que hasta cierto punto ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en la única sentencia relativa a la compensación, la de 15 de diciembre de 1981; se trataba de un accidente de circulación, en el que un camión provocó la ruina de un viejo edificio, que hubo de ser derruido y vendido a un tercero, provocando cuantiosos beneficios a las víctimas del daño. Se había condenado al pago de una suma, sentencia que fue recurrida, dando lugar el Tribunal Supremo al recurso, con los siguientes argumentos:

> «que si se tiene en cuenta, como es natural y correcto, que la finalidad de la reparación que al perjudicado concede el artículo 1902 CC es la de que aquél quede justamente resarcido, acercándose la indemnización, dentro de lo posible a restaurar el estado de las cosas a la situación anterior al evento dañoso [...], habrá que concluir como lógico corolario, *que el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (compensatio lucri cum damno),* siempre,

---

[1] Véase las citas de la doctrina en DÍEZ PICAZO, *Derecho de daños*. Madrid, 1999, p. 319.

[2] DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, p. 320. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual.* Madrid, 2001, p. 498.

> por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto.»

Si esto debe ser considerado así, en uno de los ejemplos posibles, como puede ser el caso del hijo que adquiere una cuantiosa herencia como consecuencia de haber sido nombrado heredero por el padre fallecido a consecuencia de una negligencia médica o por un accidente de circulación, no puede computarse la herencia con la indemnización de los daños efectivamente causados por el hecho dañoso, porque el título de heredero proviene de la voluntad del padre y no del hecho del atropello.

El problema del enriquecimiento injusto no se plantea, en consecuencia, en la situación descrita, sino en el caso de la sentencia de 1981, puesto que en este último concurren indemnizaciones por daños ocasionados por un tercero y beneficios derivados directamente de los daños ocasionados.

Otro supuesto examinado por la doctrina es el de la compatibilidad o no entre las prestaciones percibidas por razón de la afiliación de la víctima al régimen de la Seguridad Social con las que se ocasionan por la culpa del empresario en la producción del accidente. La Sala Primera del Tribunal Supremo consideró que las prestaciones establecidas en la LGSS derivan de la relación contractual entre empresario y trabajador víctima del accidente y que las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el accidente laboral derivan del artículo 1902 CC y, por ello, se mueven en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (p. ej.: la sentencia de 2 de enero de 1991, Sala Primera). De todos modos veremos en otro apartado que la doctrina de la Sala Primera se ha movido hacia la no acumulación. Pero dejemos por ahora este problema.

En cualquiera de los casos que puedan presentarse planea la sombra del enriquecimiento injusto. Fijémonos que en los casos de *compensatio,* la doctrina civilista está bastante de acuerdo en considerar que la computación de beneficios sólo puede tener lugar en relación a aquellos lucros que provengan del mismo hecho, porque el principio que provoca la regla de la *compensatio* «constituye una expresión del más alto principio que veda enriquecerse *cum aliena iactura* y trata de evitar que el resarcimiento se convierta en un lucro indebido» [3]. O bien se afirma que el principio no impide reclamar y obtener distintas indemnizaciones «hasta la total cobertura del daño real» cuando concurren los requisitos que hacen que nazca

[3] DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, p. 320.

la obligación de resarcir[4]. Y es por esto mismo que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha admitido hasta hace muy poco que las indemnizaciones por accidentes de trabajo son compatibles con las de la Seguridad Social, porque según esta tesis, se ha considerado que provienen de hechos distintos. Lo que no excluye las críticas de la doctrina autorizada[5] y una incipiente y no consolidada reconsideración de la propia doctrina de la mencionada Sala Primera.

## III. *COMPENSATIO* Y SEGURO VOLUNTARIO

Sentado el principio anterior, debemos preguntarnos si se aplica también cuando la víctima ha sido prudente y ha asegurado su propia desgracia por medio de un contrato de seguro voluntario. A favor de la no acumulación se aduce siempre el principio del enriquecimiento injusto, pero esta cuestión produce a su vez dos argumentos en contra: i) *el primero* de tipo económico, porque la compensación que obtiene la víctima asegurada es una consecuencia del cumplimiento del propio contrato de seguro y para obtenerla habrá tenido que invertir unas cantidades de dinero, las primas, de modo que al recibir la compensación por el accidente obtiene lo establecido en el contrato, pero no exactamente una compensación por el daño: esto dependerá de la diferencia entre las cantidades pagadas y las recibidas, de modo que estamos lejos del auténtico resarcimiento, puesto que su patrimonio no queda indemne[6]; ii) el segundo argumento deriva de la propia naturaleza del contrato de seguro, ya que el asegurador por daños materiales que ha pagado la compensación pactada para el siniestro previsto tiene el derecho a subrogarse en las acciones que la víctima-asegurado tenía contra el causante del daño, de acuerdo con el artículo 43 LCS[7]. Por lo tanto no se produce una acumulación de indemnizaciones por el mismo hecho, porque ocurrido el siniestro y pagado el daño por el asegurador, la víctima ya no podrá reclamar ninguna indemnización al autor del daño si ha tenido lugar el meca-

---

[4] DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil.* Madrid, 1993, p. 924.

[5] MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo.* Madrid, 2001, p. 156.

[6] Y todo ello dejando de lado la naturaleza aleatoria del contrato de seguro, dado que este no es el lugar oportuno para discutir esta cuestión.

[7] Para que exista subrogación se requiere que «el asegurador haya realizado la prestación indemnizatoria como consecuencia del siniestro»; que exista un crédito del asegurado contra un tercero dirigido precisamente a la obtención del resarcimiento del daño que ha dado lugar a la indemnización» y que exista «voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones del asegurado». Ver SÁNCHEZ CALERO, «Comentario al artículo 43 LCS», en SÁNCHEZ CALERO y otros, *Ley de Contrato de Seguro.Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones.* Pamplona, 2001, pp. 721-724.

nismo de la subrogación, que además deberá entenderse producido salvo prueba en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1210, 3.° CC. Si el asegurador no se ha subrogado, o habiéndolo hecho no ejercita la acción y la víctima presenta una reclamación independiente contra el causante del daño, los problemas ya no se plantean en torno al enriquecimiento injusto, sino en relación a la negligencia de quien realmente tendría derecho a reclamar y no lo ha hecho. Es el asegurador quien deberá reclamar contra el asegurado por enriquecimiento injusto, pero el causante del daño no podrá oponer la existencia del seguro para evitar el pago de la indemnización por el daño producido [8].

Cuando se trate de un seguro de vida la cuestión no se plantea en los mismos términos. El seguro de vida es un sistema de inversión del asegurado y por ello el artículo 82 LCS excluye la subrogación del asegurador en los derechos «que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro». Por ello hay que afirmar que las indemnizaciones se acumulan y el causante del daño deberá pagar los correspondientes resarcimientos, con independencia de que exista o no un seguro de vida. Y ello, porque como afirma Sánchez Calero, los seguros de vida no comportan una indemnización por el daño que el siniestro pueda ocasionar y no juega en ellos el principio indemnizatorio de los seguros de daños [9].

## IV. LAS INDEMNIZACIONES A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR RAZÓN DE SOLIDARIDAD

En determinados supuestos el Estado asume la compensación de determinadas víctimas que saben, con un cierto grado de seguridad, que los que han provocado sus daños o son insolventes o no se encontrarán nunca o nunca pagarán los daños ocasionados. El Estado puede organizar las prestaciones económicas de la forma que considere más conveniente, estableciendo o no la complementariedad con otras prestaciones, de manera que, como se verá, no existe un régimen uniforme. Para evitar el reproche de la sentencia sobre el envenenamiento por aceite de colza, la Administración ha ido tapando agujeros, como se dice vulgarmente, de manera que la

---

[8] Hay que tener en cuenta que si se trata de un seguro de daños, el artículo 26 LCS establece que «el seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado». Por tanto, si el asegurado que ha sido ya resarcido en virtud de su contrato reclama al causante, infringe la regla del artículo 26 LCS y se convertirá en deudor de su asegurador por la cantidad que resulte. Sobre el principio de indemnización y determinación del daño, ver SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, pp. 445 ss.

[9] SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 1580.

dispersión de estos tipos de ayudas lleva a la conclusión de la falta de uniformidad de su régimen. Por ello deberemos estudiarlos para poder llegar a una conclusión que permita mantener el principio de la razonabilidad del ordenamiento jurídico. Aunque a veces cueste.

1.° *Las indemnizaciones a las víctimas del terrorismo.*–Se encuentran reguladas fundamentalmente en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, que debe complementarse con el Real Decreto 1012/1999, de 17 de diciembre, y otras disposiciones de diferentes Comunidades Autónomas.

La Ley 32/1999 se fundamenta en el principio de solidaridad con las víctimas del terrorismo y ello se traduce en la asunción por el Estado del pago de indemnizaciones que deberían pagar los autores y los responsables de los actos de terrorismo, entre otros remedios [art. 5.*b)*]. De esta manera, el Estado se convierte en una especie de garante o fiador que asegura a las víctimas el cobro de las indemnizaciones que tienen derecho reclamar, de acuerdo con los reglas de la responsabilidad derivada de delito. El Estado, sin embargo, no se convierte en responsable civil subsidiario por esta causa, sino que simplemente avanza las cantidades debidas en virtud de la sentencia y en la medida en que no hayan sido hechas efectivas a las víctimas (arts. 6 y 9). El sistema funciona como un seguro de daños, ya que el artículo 8.1 de la Ley 32/1999 establece que el Estado se subrogará en los derechos que los beneficiarios de estas ayudas tengan contra los autores de los delitos de terrorismo, de manera que los beneficiarios que hayan cobrado estas ayudas deberán transmitir al Estado las acciones de que sean titulares en virtud de los daños sufridos o de sus expectativas, en el caso de que aún no haya sentencia condenatoria firme (art. 8). Estas soluciones se aplican tanto en el caso de que exista sentencia condenatoria, como cuando, no habiendo aún sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales para la incoación de un delito de terrorismo, siempre que la víctima aporte la prueba de haber sufrido el daño con ocasión de un hecho de este tipo.

En esta clase de ayudas, el artículo 6.5 de la Ley 32/1999 establece la total compatibilidad de estas indemnizaciones con las pensiones, ayudas, resarcimientos, etc., que se hayan percibido o que se puedan percibir en el futuro al amparo de las previsiones contenidas en la legislación sobre ayudas a las víctimas del terrorismo o de otras disposiciones legales [10]. Además, el artículo 3 del

[10] Una mayor información sobre esta legislación en LLOVERAS, «Indemnizaciones a las víctimas del terrorismo. Evolución normativa y aplicación jurisprudencial», en *Indret, 3/2002*, y MIR PUIGPELAT, «La Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo y su desarrollo reglamentario», en *Justicia Administrativa*, 8, 2000, pp. 25-44.

Real Decreto 1211/1997 establece expresamente el carácter subsidiario de estas ayudas y dice: «*Carácter subsidiario.* Los resarcimientos por daños regulados en el presente Reglamento, a excepción de los corporales, tendrán carácter subsidiario respecto a los establecidos para los mismos supuestos por cualquier otro organismo público o a los derivados de los contratos de seguros. Las restantes ayudas serán incompatibles con las percibidas por el mismo concepto de otras Administraciones Públicas. En estos supuestos, únicamente se resarcirán aquellas cantidades que pudieran resultar de la diferencia entre lo abonado por dichas Administraciones Públicas o entidades de seguro y la valoración oficialmente efectuada». Esta subsidiariedad refuerza el carácter de garantía que he atribuido a las ayudas prestadas en esta ley.

Hasta aquí no estamos hablando de responsabilidad. Pero el título de imputación a la Administración Pública basado en el artículo 139 LRJAP sigue manteniéndose y el problema reside, pues, en la interpretación del artículo 6.5 de la Ley 32/1999 cuando admite la compatibilidad entre las ayudas que se prestan a las víctimas del terrorismo y las que, según esta disposición, pudiesen ser reconocidas en la misma legislación u *otras disposiciones legales*. De aquí que debamos preguntarnos si esta compatibilidad incluye las reclamaciones contra la Administración por un título de imputación que la implica de acuerdo con el artículo 139 LRJAP como causante del daño que el particular no tiene la obligación de soportar, daño que en este caso consiste en no haber evitado el atentado terrorista. El problema por tanto reside en determinar si el sistema de ayudas establecido en la Ley 30/1999 elimina las reclamaciones en virtud de la regla general.

Hay que partir de una regla generalmente admitida, según la que el Estado no puede evitar al cien por cien la producción de un atentado terrorista. Por lo tanto, para imputar a la Administración Pública la responsabilidad patrimonial por un hecho de este tipo, la víctima debe demostrar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 LRJAP, es decir, que el daño ha producido una lesión en la persona o bienes del reclamante, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a esta persona o a un grupo de personas; hay que tener en cuenta que se excluye siempre la responsabilidad cuando el daño se haya producido por concurrir fuerza mayor. Pues bien, la víctima deberá probar estos extremos para poder reclamar a la Administración Pública en el caso de atentado terrorista por un título de imputación indepen-

diente y propio y totalmente desligado de las ayudas reconocidas en la Ley 32/1999: en éstas se está supliendo la solvencia del causante del daño que no es la Administración, mientras que en las acciones de responsabilidad de la Administración Pública, ésta es el causante del daño y por ello responde. Resumiendo, en el primer caso no responde, sino que sólo garantiza, mientras que responde en el segundo.

Se trata en consecuencia, de un derecho a obtener una indemnización por un daño ocasionado por una causa imputable a la propia Administración y lo que hay que ver es cómo funciona la compatibilidad en este caso. Para ello hay que examinar algunas sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera. La sentencia de 27 de diciembre de 1988, pronunciada en el caso de una mochila-bomba que produjo una explosión en Rentería, con graves daños a un niño que pateó la mochila, admitió la compatibilidad entre estos títulos indemnizatorios y reconoció una indemnización en aplicación del régimen de ayudas a las víctimas del terrorismo en aquel momento vigentes y atribuyó la responsabilidad a la Administración por considerar que la conducta de la policía había sido negligente. En el caso «Hipercor», las sentencias de 31 de enero de 1996 y de 18 de julio de 1997 habían reconocido la responsabilidad de las fuerzas de seguridad del Estado. La primera de ellas considera que se produjo una «cierta relación de causalidad» entre la constatada conducta omisiva de las fuerzas armadas y el desenlace, lo que justifica la atribución de responsabilidad a la Administración Pública y excluye la fuerza mayor, porque el daño era perfectamente previsible, al haber sido advertido por los terroristas mediante un aviso de la colocación de la bomba, por lo que no era inevitable. La segunda sentencia, es decir, la de 18 de julio de 1997, abunda en los mismos argumentos al considerar que la Administración debe ser declarada responsable por haber concurrido «una cierta de causalidad entre la constada conducta omisiva por no adoptarse las debidas precauciones (que pudieron, en su caso, aminorar los efectos nocivos), y el dramático desenlace», que justifica la imputación de los daños producidos a la Administración en razón de la concurrencia de ese nexo causal entre el daño cuya reparación se pretende y el funcionamiento defectuoso del servicio público»; la misma sentencia declara que «la indemnización pretendida en el proceso resulta distinta y compatible con la derivada de la especial legislación reguladora de los resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, como muestra de solidaridad con aquéllas, según ya declaró esta Sala en la sentencia

de 27 de diciembre de 1988» [11]. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Tercera) de 19 de enero de 2000 contiene una interpretación más restrictiva [12]. Se había reconocido en la vía penal el derecho de los reclamantes a obtener las indemnizaciones correspondientes de quienes habían provocado el daño, es decir, los terroristas; además habían percibido las compensaciones establecidas en las leyes que establecen los criterios de solidaridad antes aludidos. En la reclamación ante la Administración Pública, la Audiencia Nacional niega la acumulación de indemnizaciones y dice que:

> «es igualmente adecuado hacer hincapié en que en ningún caso se ha de producir en la reparación del daño una duplicidad indemnizatoria. Esto, que está expresamente admitido en el nuevo Código Penal, se encuentra íntimamente relacionado con la efectividad o realidad del daño indemnizable, pues no existe daño a indemnizar si éste ha sido previamente reparado por la Administración. En este sentido, la compatibilidad de la indemnización que otorga el Estado y que expresamente se reconocía en el artículo 24 de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, sobre terrorismo, no puede ser identificado con la posibilidad de duplicar por vía de indemnización la reparación del daño; y ello sin perjuicio de que el Estado, por otras razones no indemnizatorias pueda otorgar ayudas económicas o de otro orden a las víctimas del terrorismo para que puedan rehacer, en lo posible, su vida anterior, tal como ocurre con las cantidades abonadas por la Administración en aplicación de la legislación anterior en materia de terrorismo que la exposición de motivos de la Ley de Indemnización de 1999 califica de "ayudas". *Lo que supone, en todo caso, circunscribiendo el tema al ámbito indemnizatorio que el alcance de la compatibilidad ha de quedar reducido a la complementariedad de las indemnizaciones (y no a la exclusión mutua) por aspectos que previamente no han sido indemnizados.*»

Lo que ocurre, sin embargo, es que no puede decirse que las sentencias sean contradictorias porque la de la Audiencia Nacional no niega la responsabilidad de la Administración, sino que únicamente impide la duplicidad y aplica la regla, mayoritariamente admitida en el Derecho administrativo, de la deducción de las cantidades percibidas por otros conceptos.

De aquí que haya que considerar que la aplicación que los Tribunales han realizado de las reglas de concurrencia entre ayudas derivadas de la falta de pago de las indemnizaciones por quien ha sido el causante directo del daño y el resarcimiento de los daños ocasiona-

---

[11] Véase asimismo las sentencias citadas por LLOVERAS, «Indemnizaciones», cit.

[12] Una referencia a esta sentencia en HUERGO LORA, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*. Barcelona, 2002, nota 162, pp. 206-07.

dos por la Administración Pública al no evitar el atentado, en aquellos casos en que esto se ha reconocido así, nos lleva a una conclusión: en este concreto supuesto, las indemnizaciones son compatibles pero no pueden acumularse cuando provienen de la misma fuente.

2.º *Las indemnizaciones a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual.*–La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, establece un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas de delitos dolosos y violentos y de los delitos contra la libertad sexual, que hayan provocado la muerte, lesiones corporales graves o daños graves contra la salud física o mental de las víctimas (art. 1). El artículo 5 establece que la percepción de estas ayudas «no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito que se establezcan mediante sentencia» y tampoco lo será con las indemnizaciones «a que el beneficiario de las mismas tuviera derecho a través de un sistema de seguro privado» y, finalmente, tampoco con las que se generen a consecuencia de la pertenencia de la víctima al sistema de la Seguridad Social.

Las indemnizaciones en este caso funcionan de forma parecida al supuesto estudiado en el anterior apartado: el Estado avanza las cantidades a que la víctima tenga derecho por la responsabilidad civil originada por el delito y a continuación se subroga en los derechos que la víctima tuviera contra el causante del daño (art. 13). Se trata por tanto de un sistema de aseguramiento público, de tal manera que Huergo considera que el Estado «actúa como un asegurador de daños a título gratuito» [13], porque el Estado indemniza y se subroga en los derechos de la víctima.

En esta ley no existe acumulación de indemnizaciones, porque no se trata de diferentes resarcimientos, como puede ocurrir en el caso de que la Administración tenga que afrontar una acción de responsabilidad patrimonial por los daños causados a las víctimas del terrorismo por existir un título de imputación a la Administración. Aquí el Estado sustituye la insolvencia del autor del daño, pero existe una única indemnización y por ello no se puede hablar de acumulación: si la víctima ha previsto su propia desgracia mediante la contratación de un seguro privado o sus daños han sido ya resueltos a través de su pertenencia a la Seguridad Social, no tendrá derecho a reclamar este tipo de ayudas. En este caso, serán las aseguradoras quienes, subrogándose en los derechos de la vícti-

[13] HUERGO LORA, *ob. cit.*, nota 166, p. 207.

ma, podrán reclamar a los autores de los daños las cantidades correspondientes.

Lo anterior no excluye, como en el caso de las víctimas del terrorismo, las posibles acciones de la víctima contra la Administración Pública en virtud del artículo 139 LRJAP si ha existido un mal funcionamiento de los servicios públicos de seguridad, que ha permitido que el delito se haya cometido. Los problemas que se plantean en este caso son los mismos que ya se han discutido en el anterior apartado.

3.º *Las ayudas por infecciones sanitarias.*–Determinado tipo de infecciones ha provocado que el Estado [14] haya arbitrado soluciones normativas para evitar las acciones de reclamación por daños. En todas las normas reguladoras de las indemnizaciones en estos casos se parte de imposibilidad de compatibilizar las ayudas establecidas legalmente con otros tipos de indemnizaciones provenientes de reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración sanitaria.

En el caso de ayudas a personas afectadas de hemofilia e infectadas por virus de hepatitis C por la vía transfusional, la Ley 4/2002, de 5 de junio, *por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público* [15], establece unas ayudas que tienen como criterios para su obtención los siguientes: *i)* la necesidad de renunciar previamente a todo tipo de reclamaciones por contaminación de VHC contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias, sus autoridades y el personal a su servicio; se trata, por tanto, de ayudas que vienen a sustituir las posibles indemnizaciones por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos [16], y *ii)* estas ayudas se pueden compatibilizar con pensiones públicas que el beneficiario tuviese derecho a percibir [17].

Algunos autores consideran problemática la exigencia de renuncia previa a las acciones, que es condición común para su obtención en la legislación española. Se alega que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Bellet v.*

---

[14] Y también algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña, en la disposición adicional 37 de la Ley 3/2000, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña.

[15] Esta ley debe completarse con el Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo.

[16] Está contenido en los artículos 3.5 de la Ley 14/2002, y 2.3 del Real Decreto 377/2003 y la DA 37.3 de la Ley catalana 3/2000, de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña. La norma catalana declara incompatibles las prestaciones que los afectados catalanes pudieran obtener por las mismas razones a cargo de la Administración del Estado (DA 37.3).

[17] Artículos 2 de la Ley 14/2002 y 2.1 del Real Decreto 377/2003.

*Francia*, de 4 de diciembre de 1995, y *F.E. v. Francia*, de 30 de octubre de 1998 ha declarado contraria al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «la inadmisión de demandas de responsabilidad civil contra el Estado por haber percibido el perjudicado con anterioridad una ayuda legal para paliar estos mismos daños» [18]. En estas sentencias se admitió la compatibilidad de ayudas con el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes para conseguir la reparación íntegra del daño sufrido. Huergo considera que esta jurisprudencia es difícilmente trasladable al caso español, porque en Francia «la norma que regulaba las ayudas no exigía la renuncia al ejercicio de las acciones» [19]. En cualquier caso, la problemática que se plantea en torno a la posibilidad de no renuncia a la acción penal que pudiera corresponder y la posibilidad de demandar a la aseguradora del centro hospitalario o del personal del propio centro genera una serie de problemas que van más allá de lo que se pretende en este trabajo.

La solución española, por lo tanto, queda determinada por *la incompatibilidad*, es decir, la imposibilidad de combinar las ayudas acordadas por la Administración con las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios, de lo que parece deducirse que las primeras van a sustituir a las segundas, de manera que la víctima o bien opta por las ayudas o bien por la reclamación de indemnizaciones.

## V. INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE LABORAL: LA ACUMULACIÓN O NO DE PRESTACIONES A CARGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO

1.° *Compatibilidad de las indemnizaciones.*–La legislación social no contiene una regulación clara de la compatibilidad entre las acciones derivadas del contrato de trabajo y que dan lugar a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes en virtud del artículo 1902 CC, o de la actividad de la Administración Pública [20]. De acuerdo con las dis-

---

[18] Sobre este tema ver SEUBA TORREBLANCA, «Ayudas a los contagios por VHC en el sistema sanitario público», en *Indret*, 3/2000; «La Ley 14/2002, de 5 de junio, de ayudas sociales a hemofílicos contagiados con el VHC», en *Indret*, 3/2002, y *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis.* Madrid, 2002, pp. 385 ss.

[19] HUERGO LORA, *ob. cit.*, p. 206.

[20] HUERGO LORA, *ob. cit.*, pp. 202 ss., donde describe las distintos problemas planteados en reclamaciones a la Administración en casos de accidentes, cuando existen pensiones de Seguridad Social. Aquí voy a dejar de lado este caso, aunque debo advertir que los mismos razonamientos que se expresan en el texto sirven para intentar solucionar el problema planteado a la Administración.

posiciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), la víctima de un accidente laboral tiene derecho a diferentes indemnizaciones:

1. Las prestaciones derivadas de su afiliación a la Seguridad Social [21].
2. El recargo que se determine de acuerdo con el artículo 123 LGSS sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo o enfermedad profesional. En la práctica este recargo es percibido por la víctima o por quien tenga derecho al mismo de acuerdo con lo establecido legalmente [22].
3. Las mejoras voluntarias que se pacten en el contrato de trabajo correspondiente o en el convenio colectivo que regule la actividad.

Se ha planteado si, además, el trabajador que ha sufrido un accidente o una enfermedad profesional puede reclamar una indemnización sobre la base del artículo 1902 CC. O también, cuando el empresario haya sido condenado por un delito que haya provocado el daño del trabajador, éste tiene derecho a reclamar las indemnizaciones en virtud de los artículos 109 y siguientes. CP. La sentencia de 6 de mayo de 1985, sobre la base de sentencias ante-

---

[21] El artículo 97 LGSS establece lo siguiente: «Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente. Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la entidad gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados, al efecto del artículo 104 CP».

[22] El artículo 123 LGSS establece «1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno Derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción».

riores y de las disposiciones del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social entonces vigente, reconocía que

> «cuando el hecho implique responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, las prestaciones laborales serán íntegramente satisfechas, pero ello "sin perjuicio de aquellas responsabilidades" y que "en estos casos, el trabajador o sus causahabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente" [23].»

La conclusión general de la doctrina civilista es que «las prestaciones de la Seguridad Social deben hacerse efectivas con independencia de los hechos que las motiven, impliquen responsabilidad del empresario o de otra persona; y que tales prestaciones no agotan esas otras responsabilidades, de manera que se convierten así en una cobertura mínima de los daños asegurados» [24]. De modo que como pone de relieve Cavanillas [25], el sistema de responsabilidad parece muy coherente en tanto que

> «en primer término se situaría la responsabilidad objetiva por accidentes de trabajo con su regulación tasada de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador; en segundo término, concurriendo un plus de reprochabilidad en el incumplimiento de las supuestamente minuciosas y complejas reglas técnicas laborales, de origen contractual o legal, entraría en juego el recargo de las indemnizaciones entre un 30 y un 50 por 100 que establece el artículo 93 de la LGSS (actual 123); para cerrar el sistema, por último, cuando dicha infracción contractual constituyera igualmente una puesta en peligro previsible y evitable de la vida e integridad física ajenas, podría acudirse a la responsabilidad ex artículo 1902 CC ante la jurisdicción civil (o a la responsabilidad contractual ex art. 1101 CC).»

El problema que se plantea a continuación afecta a la posibilidad de reclamar por más de una vía al empresario. Hasta la sentencia de 8 de octubre de 2001, la Sala Primera del Tribunal Supremo había mantenido lo que ha calificado como «perfecta compatibilidad» entre las indemnizaciones civiles y laborales [26], de manera que la cuantía de la indemnización por responsabilidad ex artículo 1902 CC sería totalmente independiente de cualquier otra cantidad percibida por el trabajador por el accidente o enfermedad laboral, «por lo que a la hora de fijar [la compensación] no se debe tener en cuenta ésta para aminorarla de la pensión retributiva a la que tiene derecho el perjudicado» [27]. En cambio, la Sala Cuarta

---

[23] El problema de si se trata o no de responsabilidad contractual es hábilmente puesto de relieve por Pantaleón en el comentario a esta sentencia en CCJC, núm. 8, p. 2617.

[24] DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, p. 175. También YZQUIERDO TOLSADA, *ob. cit.*, p. 500.

[25] «Comentario a la sentencia de 30 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, p. 1154.

[26] DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, p. 177.

[27] CASADO DÍAZ, «Comentario a la sentencia de 8 de octubre de 2001», en *CCJC*, núm. 59, p. 520.

admite la compatibilidad entre las prestaciones derivadas del contrato de trabajo y las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual, pero sin que ello implique una duplicidad, sino una complementariedad. Voy a detenerme un poco más en esta problemática, dado el giro que se ha producido en últimas sentencias de la Sala Primera.

Hasta ahora, la Sala Primera del Tribunal Supremo había optado por la absoluta independencia entre las indemnizaciones satisfechas por accidente de trabajo en sede de Seguridad Social y las derivadas del acto culposo, ya sea en virtud del artículo 1902 CC, ya sea en virtud del artículo 109 CP. De este modo, la Sala Primera ha venido fijando la indemnización que corresponde al trabajador lesionado sin tener en cuenta las cantidades que hubiera percibido con cargo a la Seguridad Social, ni lo que hubiera percibido como recargo a estas prestaciones, de acuerdo con el artículo 123 LGSS [28]. Se pueden citar como ejemplos de esta tendencia las sentencias de 27 de noviembre de 1993, 19 de febrero y 20 de noviembre de 1998, 2 de octubre de 2000 y 14 de febrero de 2001. Resumiendo su doctrina, se puede decir que la Sala Primera ha venido entendiendo que existen dos causas diferentes de pedir: la derivada del contrato laboral, identificada en las prestaciones de la Seguridad Social, y la derivada de la culpa extracontractual del empresario, sobre la base del artículo 1902 CC o del 109 CP, cuando se trate de un delito. Y por esta razón declara el Tribunal que es doctrina reiterada la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo. Las razones de esta decisión son claras: se trata de fundamentos diversos de indemnización, aunque debe advertirse que el hecho que ocasiona el resarcimiento es el mismo: el accidente laboral o la enfermedad profesional [29].

Frente a esta doctrina, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima de forma rotunda y reiterada que la circunstancia de que el trabajador haya percibido prestaciones de la Seguridad Social, los recargos y los complementos pactados o establecidos en el convenio no impiden la reclamación de la indemnización correspondiente por el acto culposo del empresario que da lugar a la responsabilidad ex artículo 1902 CC, pero para cuantificar la indemnización por responsabilidad extracontractual deben tenerse en cuenta las

---

[28] MERCADER UGUINA, *ob. cit.*, p. 190.

[29] CASADO DÍAZ admite los razonamientos del TS en relación a la compatibilidad entre ambas indemnizaciones porque, afirma que «la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sino que expresamente viene reconociendo su vigencia al admitir explícitamente la Ley General de la Seguridad Social la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las recogidas por la legislación laboral, exigibles ante la jurisdicción civil».

cantidades percibidas, porque no puede existir una duplicidad en el derecho a ser indemnizado [30]. Es decir, admite la compatibilidad de las acciones, pero opta por una deducción de lo cobrado por causa de prestaciones de la Seguridad Social. Así, en las sentencias de 30 de septiembre de 1997, 2 de febrero, 24 de octubre, 10 y 18 de diciembre de 1998, 17 de febrero y 21 de diciembre de 1999 y 22 junio 2001. La sentencia de 23 de septiembre de 1997 (Sala Cuarta), en lo relativo al cálculo de las indemnizaciones de una enfermedad profesional que considera protegida por una responsabilidad objetiva, dice que

> «venir a duplicar por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social, se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad.»

Ahora bien, la Sala Primera parece haber iniciado un proceso de revisión de su postura de absoluta compatibilidad en la sentencia de 21 de julio de 2000, doctrina que aparece confirmada en la de 8 de octubre de 2001. En la primera sentencia citada se afirma claramente la competencia de la jurisdicción civil en las reclamaciones por daños causados al trabajador por culpa o negligencia de los empresarios, porque ello se considera como la «mejor garantía del total resarcimiento del daño mientras no se produzca una modificación legislativa en materia de competencia que despeje cualquier duda al respecto». Respecto de las cantidades que deben ser computadas para obtener este «total resarcimiento», la Sala Primera hace las siguientes consideraciones:

> «Para llegar a la solución que aquí se adopta se han tenido en cuentas las sentencias de esta misma Sala dictadas también después de mediado el año 1998, es decir, una vez retomada la línea que declaraba la competencia del orden jurisdiccional civil: de un lado, la de 18 de noviembre de 1998, a cuyo tenor "el tratamiento civil deberá cuidadosamente analizar la concurrencia de los elementos para la aplicación del artículo 1902 CC, señaladamente el autor de la falta, la culpa y la relación de causa a efecto y que siendo acción complementaria, no siempre será aplicable la teoría de la creación de riesgos, o de la inversión de la carga de la prueba, como tampoco tendrá acogida la negligencia profesional y siempre cabrá pensar en la concurrencia de causas del evento dañoso"; y de otro, la sentencia de 21 de julio de 2000, que para fijar la cuantía de la indemnización en el proceso civil *considera correcto computar la ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados.*

[30] CASADO DÍAZ, *ob. cit.*, p. 520.

> *Se trata, en suma, de pasar de una indeseable situación de acumulación no coordinada de indemnizaciones, sin base normativa suficiente por cuanto compatibilidad no equivale necesariamente a acumulación descoordinada, a un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño.* Para ello conviene analizar en el ámbito civil la responsabilidad del empresario fundada en el artículo 1902 CC mediante una muy especial atención, de un lado, al elemento de la culpa o negligencia, único modo de evitar la confusión con el ámbito objetivo y cuantitativamente prefijado propio de la Seguridad Social y, de otro, *a lo ya percibido por el perjudicado como prestaciones de la Seguridad Social y por recargo de las prestaciones a costa del empresario en virtud de su propia culpa, cuando es tenida en cuenta por la misma normativa de la Seguridad Social* para imponerle ese recargo cuyo pago no puede ser legalmente objeto de seguro» [31].

Dejando aparte el tema del recargo previsto en el artículo 123 LGSS, que será estudiado en el siguiente apartado, hay que señalar aquí que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, parece haberse inclinado por la tesis dominante en la doctrina civilista española. Así, Yzquierdo considera que «lo que hay (o debería haber) en esta materia es una *plena* concurrencia o compatibilidad de normas (las laborales y las comunes de la responsabilidad civil) que determina una *limitada* concurrencia o compatibilidad de indemnizaciones, de modo que sólo se acumulen las que respondan a distintos conceptos dañosos» [32], y De Ángel opina que debe existir «compatibilidad, pero no independencia», de manera que «en modo alguno cabe que la víctima sea indemnizada en más del daño realmente sufrido» [33].

2.º *El discutido asunto del recargo del artículo 123 LGSS.*– Más problemas plantea la norma del artículo 123 LGSS. Como es sabido, esta disposición impone al empresario un recargo que va desde un mínimo del 30 por 100 a un máximo del 50 por 100 sobre lo que el trabajador debe percibir como indemnizaciones, según la gravedad de la falta que ha provocado el accidente, cuando la lesión se produzca por herramientas de cualquier tipo empleadas por el trabajador que no tengan los mecanismos de precaución reglamentariamente exigidos o por circunstancias relacionadas con la actividad laboral que hayan provocado el accidente. La norma añade que el mencionado recargo no es asegurable y que es nulo

---

[31] La cursiva es de la autora de este artículo.

[32] YZQUIERDO TOLSADA, *ob. cit.*, p. 501.

[33] DE ÁNGEL YAGÜEZ, *ob. cit.*, p. 929. Ver asimismo DÍEZ PICAZO, *ob. cit.*, p. 179, y «La distribución social de los daños y la Seguridad Social», en *Liber amicorum. Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea.* Madrid, 2003, pp. 186 ss., y ROCA TRÍAS, *Derecho de daños,* 4.ª edición. Valencia, 2003, p. 199.

cualquier pacto destinado a cubrir, compensar o transmitir esta obligación; además, el artículo 123.3 LGSS establece que «la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción». El problema, es obvio, reside en la determinación de la naturaleza del recargo y nuevamente se produce aquí una discrepancia notable entre las decisiones de la Sala Primera y de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Para algunos autores, atribuir al recargo del artículo 123 LGSS naturaleza sancionadora no provoca más que el enriquecimiento del trabajador beneficiado [34]. En este sentido, puede decirse que la sentencia de 8 de octubre de 2001, Sala Primera, a que ya se ha hecho alusión, vendría a hacerse eco de esta tesis, aunque no creo que pueda afirmarse de forma taxativa que esta sentencia se pronuncie de forma definitiva sobre la compatibilidad entre estas prestaciones [35], porque el objeto de la sentencia es determinar la competencia o no de la jurisdicción civil en este tipo de reclamaciones y la declaración de compatibilidad parece más un *obiter dictum* que la *ratio decidenci* del tema.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma clara sobre la compatibilidad y la consiguiente acumulación de los diversos tipos de indemnizaciones previstos en la Ley General de la Seguridad Social con el recargo del artículo 123 LGSS. Así, en las sentencias de 2 de octubre de 2000 y de 14 de febrero de 2001 se considera que como la finalidad del recargo es la de evitar accidentes de trabajo ocasionados por infracciones empresariales en una sociedad que tiene altos índices de siniestralidad laboral, lo que se pretende con el mencionado recargo es «impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades». Por ello la decisiva, hasta ahora, sentencia de 2 de octubre de 2000 argumenta lo que sigue a favor de la acumulación del recargo del artículo 123 LGSS a las indemnizaciones correspondientes por el accidente de trabajo:

> *«c)* Ese específico plus de responsabilidad, que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, se declara independiente y compatible con las responsabilidades de todo orden, y en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo compensatorio de accidentes de trabajo,

---

[34] Así YZQUIERDO TOLSADA en REGLERO CAMPOS, coord., *Tratado de responsabilidad civil.* Pamplona, 2002, p. 1410.

[35] Como hace CASADO DÍAZ, en *CCJC,* núm. 59, cit., p. 523.

se determina legalmente que sea el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva a la gravedad de la infracción y no del daño, quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho y con independencia del concreto perjuicio sufrido.

*e)* De consistir el recargo ahora analizado en una mera indemnización y siendo ésta, en su caso, a cargo exclusivo de la empresa y a favor del accidentado o sus beneficiarios, carecería de fundamento legal la actual intervención inicial de la Entidad Gestora en vía administrativa resolviendo sobre su procedencia y porcentaje del incremento [art.1.1.*e)* del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio]; pues, en tal caso, despojado el recargo de su aspecto público o sancionador, se estaría ante un simple litigio entre particulares del que sólo podrían directamente conocer los órganos judiciales.

*f)* De adoptarse la tesis contraria a la que ahora se sustenta, resultaría que de haberse fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivado de un accidente de trabajo podría en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de infracción de medidas de seguridad e imposición del recargo sobre las prestaciones, así como en el posterior proceso impugnatorio, que los daños causados ya están plenamente compensados con aquella indemnización, lo que impediría entrar a conocer de la procedencia o improcedencia del recargo. Evidenciando que si se integra la indemnización de daños y perjuicios con el importe del posible recargo, no existiría una responsabilidad en el pago del recargo "independiente... de las de todo orden... que puedan derivarse de la infracción" como preceptúa el citado artículo 123 LGSS» [36].

No estoy segura que la finalidad del precepto examinado, el artículo 123 LGSS, no sea precisamente la de sancionar para evitar la producción de accidentes de trabajo en un sistema claramente

[36] Existe un importante voto particular a esta sentencia que se pronuncia contra la solución transcrita en el texto. En lo más importante dice: «desde el momento en que el recargo se abona por el productor del daño al perjudicado..., su importe debe computarse como una partida de la indemnización. Si no es así y si como consecuencia de ello el total de lo abonado al perjudicado por el responsable del daño supera el importe en que se valora éste, entonces una parte de la cantidad abonada ya no es una reparación, sino que supone un sacrificio adicional impuesto al responsable del daño –con un correlativo enriquecimiento del perjudicado– que hay que vincular a otra finalidad distinta: una finalidad represiva o preventiva pura que es la propia de las sanciones aflictivas o punitivas frente a la finalidad resarcitoria de las indemnizaciones. En algunos sistemas esa función represiva o preventiva pura se incorpora a los mecanismos de reparación, en lo que se conoce como indemnizaciones punitivas. Pero en nuestro ordenamiento esa función se cumple ya a través de sanciones administrativas (arts. 48 y 22 de la Ley 31/1995) y penales (arts. 142, 152 y 316 CP)». Esto hace exclamar a Yzquierdo (en REGLERO CAMPOS. cit., p. 1409), que «si eso no es una indemnización punitiva al más puro estilo norteamericano, que baje Dios y lo vea». Un interesante comentario a esta sentencia en GÓMEZ POMAR, LUQUE PARRA y RUIZ GARCÍA, «Sentencia 4.ª de 2 octubre 2001: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales», en *Indret,* 4/2001.

preventivo, como es el de los daños punitivos, según afirma Salvador Coderch [37]. Así lo ha considerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, como se ha visto ya. Ciertamente provoca una sobreindemnización, pero es la ley quien decide y así parece haberlo decidido. Mi opinión es, por tanto, contraria a la de mis colegas que consideran injusta esta situación. La finalidad de la ley es clara: intentar evitar la proliferación de accidentes de trabajo por falta de medidas adecuadas; si los daños punitivos constituyen una cantidad añadida a la indemnización, independiente de la misma y como afirma Salvador, comparten «la naturaleza de las multas penales», parece claro que aquí nos encontramos ante un caso de daños punitivos. El argumento que se utiliza para afirmar que este tipo de daños debe excluirse en el Derecho español por ser contrario al artículo 25.1 CE, de acuerdo con el que nadie puede ser condenado por una acción u omisión no prevista en el ordenamiento jurídico en el momento en que esta acción u omisión haya tenido lugar, no juega en este caso, puesto que el tipo de negligencia que origina el derecho a obtener el recargo está fijado en la ley y por tanto la sanción tiene cobertura constitucional [38]. Pero supongo que la cuestión seguirá estando abierta a las interpretaciones más dispares y la jurisprudencia, por ahora, no ayuda a proporcionar un punto de encuentro.

## VI. COMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACIONES A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y OTRAS PRESTACIONES

Los problemas que se plantean en este caso nos vuelven a llevar al punto de partida, por lo que la pregunta que debemos formular es si el particular que ha obtenido un resarcimiento por una de las vías que se han intentado describir hasta aquí puede pedir una indemnización a la Administración por la vía de la responsabilidad patrimonial de ésta. Los autores que se han ocupado del tema ponen de relieve que el argumento de la Administración consiste en considerar que «el perjudicado no debe recibir una indemnización superior a la cuantía total del daño sufrido. Cualquier acumulación de indemnizaciones que dé lugar a la percepción de una cuantía superior supondría un enriquecimiento injusto» [39]. Gómez Pomar también resalta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha seguido

---

[37] SALVADOR CODERCH, «Punitive damages», en *Indret*, 10/1999.
[38] ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, pp. 30-31.
[39] HUERGO LORA, *ob. cit.*, p. 194.

mayoritariamente la regla de «deducir del montante de la indemnización por responsabilidad civil el importe de las cantidades ya percibidas con cargo a otras fuentes de compensación» y cita las sentencias de 20 de mayo de 1996, 16 de abril de 1997, y 17 de abril y 8 de octubre de 1998. La sentencia de 5 de febrero de 2000 afirma:

> «cuestión diferente es la relativa al *quantum* indemnizatorio en los supuestos en que concurran ambas, en los que, como hemos expuestos en nuestras sentencias de 17 de abril y 12 de mayo de 1998, no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, sin perjuicio del carácter compatible de unas y otras, dado el principio que rige este instituto de la plena indemnidad o de la reparación integral, que la Sala de instancia ha tenido en cuenta como se deduce de lo declarado en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida» [40].

Creo que el mejor método para intentar clarificar esta cuestión es el planteado por Huergo, a quien sigo en este punto del trabajo. Ello significa que hay que distinguir los distintos tipos de daños que pueden originar responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para poder atribuir la solución correcta en cada caso. Como en los supuestos antes estudiados, no puede hablarse de una solución única, sino que ello depende del daño y de las circunstancias de la propia víctima.

1.° *Daños materiales causados por la Administración, que estén asegurados por la víctima.*–Este supuesto se produce en todos aquellos casos de accidentes de circulación causados por causas atribuibles a la Administración, como caída de piedras, mal estado del firme, etc. Aquí puede concurrir el seguro de la propia víctima con la reclamación del daño a la Administración. Y en este caso la solución es clara: si el asegurador ha pagado los daños de su asegurado en virtud del contrato, puede ejercer la subrogación prevista en la Ley de Contrato de Seguro y la Administración no puede negarse a considerar al asegurador subrogado como parte en la acción de reclamación de la indemnización. Y ello a pesar de la opinión de algunos administrativistas que consideran que el daño que sufre el asegurador no es injusto, porque éste paga en virtud del contrato y por ello no debería ser indemnizado, ya que «en su actividad mercantil está presente el factor riesgo o azar, que puede producirle ventaja o desventaja económica» [41]. Este, sin

---

[40] Véase asimismo las sentencias de 10 de abril y 17 de noviembre de 2000, entre otras.

[41] MONTORO-HILL, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*. Barcelona, 2002, p. 115.

embargo, es un argumento falaz, porque la misma razón podría aplicarse cuando el daño lo ha producido cualquier otra persona, puesto que en la actividad de las compañías aseguradoras siempre está presente este factor de riesgo dado que el contrato de seguro se ha calificado siempre por el *aleas*. El derecho a subrogarse está previsto en la Ley de Contrato de Seguro, independientemente de quién haya causado el daño.

El principio que evita el enriquecimiento injusto del asegurado en el seguro de daños está establecido en el artículo 26 LCS; por lo tanto, el administrado perjudicado que ha cobrado ya la indemnización correspondiente de su aseguradora no está legitimado para volver a reclamar por el mismo daño a la Administración causante del mismo. Es la aseguradora quien podrá hacerlo cuando se haya subrogado en los derechos de su asegurado, en virtud de lo establecido en el artículo 43 LCS. La regla de la subrogación permite precisamente evitar el enriquecimiento injusto del perjudicado, porque, como afirma Gómez Pomar [42], «la víctima no acumula cantidades procedentes de fuentes diversas de compensación, ya que el asegurador privado o social percibirá del causante el importe de las prestaciones realizadas a favor del perjudicado».

2.° *La compatibilidad con prestaciones sociales.*–Como se ha visto en páginas anteriores, este tema queda lejos de estar resuelto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, única fuente a la que hoy por hoy podemos acudir, dada la falta de claridad de las normas legales. Dejando aparte algunas sentencias de la Sala Tercera muy restrictivas sobre la posibilidad de reclamar a la vez pensiones extraordinarias por el accidente y la indemnización de daños y perjuicios por actividad normal o anormal de la Administración [43], parece que la tesis que se impone en la actualidad es la de considerar que hay que deducir las cantidades ya percibidas por otros conceptos [44].

Hay que advertir que no debe interferir el problema de la compatibilidad de indemnizaciones con el problema de la deducción de las cantidades percibidas. Efectivamente, una cosa es que se reconozca que el perjudicado puede interponer la correspondiente acción contra la Administración cuando ésta sea la causante del daño y concurran los requisitos de los artículos 139 y 140 LRJAP y

---

[42] Gómez Pomar, «Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: «"Collateral Source Rule" y afines», en *Indret*, 1/00.

[43] Huergo Lora, *ob. cit.*, p. 198, y sentencias citadas en las notas 141-144 .

[44] Así Gómez Pomar, *ob. cit.*, pone de relieve que la deducción es la doctrina mayoritaria, aunque no unánime de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que se manifiesta en las sentencias de 20 de mayo de 1996, 16 de abril de 1997 y 17 de abril y 8 de octubre de 1998.

otra cosa es que, reconocida la obligación de indemnizar, la cantidad total a pagar deba o no conciliarse con otras cantidades ya percibidas por el perjudicado. Cuando se establece la deducción, como ocurre normalmente en los casos resueltos por la Sala Tercera, se produce un enriquecimiento injusto de la propia Administración, como pone de relieve Huergo quien considera que la línea jurisprudencial que impone la deducción de las prestaciones de seguridad social percibidas por quien ha sido perjudicado por la actividad normal o anormal de la Administración, «significa claramente que la Administración se beneficia de la pensión de seguridad social, puesto que gracias a ella ve reducida la indemnización de responsabilidad patrimonial», añadiendo que «si el perjudicado no recibe la pensión y *además* la indemnización, se estará produciendo un enriquecimiento injusto, sea de la entidad de seguridad social (que recibe las cotizaciones y sin embargo no paga la pensión cuando se produce el supuesto de hecho), sea de la Administración causante del daño (que lo produce y, sin embargo, no paga la indemnización)» [45].

El problema de la concurrencia o no de estas prestaciones se planteó ya en la sentencia de 12 de marzo de 1991, dictada en unificación de doctrina, que considera que

> «para prevenir extrapolaciones siempre arriesgadas, hemos de anticipar nuestro criterio favorable a la compatibilidad de la pensión extraordinaria ya reconocida y la indemnización de daños y perjuicios que concede la sentencia impugnada. Aquélla es una evaluación apriorística y objetiva del quebrantamiento mínimo de carácter exclusivamente económico sufrido por razón de parentesco. No cuida, pues, de individualizar o matizar los perjuicios cuantitativa o cualitativamente, en función de las distintas circunstancias personales, familiares o profesionales. Por tanto, la pensión extraordinaria es por sí misma insuficiente y está necesitada de un complemento que le sirva para conseguir la plenitud de la reparación.»

En este mismo sentido se pronuncian las sentencias de la Sala Tercera de 20 de mayo de 1996, 21 de diciembre de 1999 y 10 de mayo de 2001. Esta última dice que aun reconociendo la compatibilidad entre la pensión extraordinaria para personas que prestaban el servicio militar y la responsabilidad patrimonial,

> «en el caso de autos no se ha acreditado por el recurrente que los daños sufridos sean superiores a la indemnización recibida y, por ello, entiende cumplido el principio de reparación integral».

---

[45] Huergo Lora, *ob. cit.*, en páginas 202 y 204.

Pero la cuestión en su planteamiento actual, no tiene una solución clara, porque, como hemos visto al tratar de la compatibilidad de pensiones e indemnizaciones en el caso de la responsabilidad civil por negligencia del empresario que causa daños a un trabajador asalariado, las discrepancias entre las diversas Salas del Tribunal Supremo que han resuelto demandas relacionadas sobre este problema son notables y la misma polémica puede trasladarse directamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Por tanto, aunque la jurisprudencia de la Sala Tercera opte por la deducción, la cuestión sigue en pie. Y no se nos diga que el problema no coincide con el de la responsabilidad del empresario, porque, dada la tendencia de la propia Administración a asegurar su responsabilidad, la polémica acaba centrándose no en el concepto de responsabilidad sino en quién paga qué. Y debo advertir que, cuando discutimos estos problemas, estamos hablando de los aseguradores de la Administración, que van a ser quienes, en definitiva, van a beneficiarse de las «rebajas». Por tanto, debe considerarse reproducida aquí la polémica y la falta de soluciones que ponía de relieve en el apartado V de este trabajo.

3.º *La compatibilidad con los denominados «seguros de suma».*–¿Qué ocurre cuando el perjudicado por una actividad de la Administración tiene asegurada la vida o sus propios accidentes? Nos encontramos en este caso en una situación parecida a la que se plantea en el Derecho privado cuando se está discutiendo de la *compensatio lucri cum damno*, es decir, que se trata de sistemas diversos y de fuentes de compensación también distintas. Por ello debe considerarse reproducido aquí lo que se afirma en el apartado III de este trabajo, por lo que no deben tenerse en cuenta estas así llamadas «indemnizaciones», a los efectos de la indemnización que corresponda en virtud de responsabilidad patrimonial [46].

## VII. CONCLUSIÓN

Creo que la conclusión a esta suerte de galimatías jurídico sobre la compatibilidad entre pensiones e indemnizaciones y entre indemnizaciones que provienen de la previsión de la víctima y de la reparación por negligencia no se encuentra ni en la discusión sobre qué debe considerarse daño ni sobre cómo debe entenderse la regla de la reparación. Creo que hay que volver a considerar el

[46] Estoy por ello totalmente de acuerdo con la opinión de HUERGO LORA, *ob. cit.*, p. 198.

principio de la *compensatio lucri cum damno*. Recordemos que se formula en el sentido que los beneficios económicos que provienen de hechos diferentes del propio daño, resultan totalmente independientes y, por tanto, no se han de computar en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño ocasionado. De lo que se ha dicho aquí, podemos comprobar que esta regla se aplica en una gran mayoría de las causas de concurrencia que se han estudiado, ya sea en las indemnizaciones por seguros de daños, ya sea en prestaciones por razón de solidaridad social. En definitiva, nos encontramos en estos casos ante una clara aplicación del principio de la *compensatio*, que se aceptó por la jurisprudencia en la ya antigua sentencia de 15 de diciembre de 1981. Pero cuando las compensaciones que recibe la víctima del daño provienen de hechos distintos, como ocurre cuando confrontamos indemnización y beneficios sucesorios por causa de muerte, o resarcimiento con seguro de vida (contrato aleatorio), no se aplica el principio contrario, es decir, *la compensatio* en su aspecto negativo, y se produce la concurrencia.

La aplicación de la regla de la *compensatio lucri cum damno* es una consecuencia clara del principio que veta el enriquecimiento injusto. Se producen, sin embargo, casos excepcionales en una zona gris, en los que el Tribunal Supremo no ha sabido encontrar una línea común de decisión: se trata del problema de la concurrencia de acciones de indemnización por negligencia con las prestaciones que por seguros sociales ha percibido ya el trabajador víctima del accidente. Nos encontramos claramente ante unas arenas movedizas, porque la solución es errática y no unánime e incluso muy alejada de lo que se ha venido consolidando en ámbitos distintos del ordenamiento jurídico. Porque una cosa es que el perjudicado pueda ejercer todas las acciones a su alcance para obtener la adecuada compensación de los daños que ha sufrido (acumulación de acciones) y otra muy distinta que las compensaciones que reciba por este ejercicio de acciones vaya a aumentar su patrimonio más allá del daño sufrido (acumulación de indemnizaciones). Esta última no es la finalidad de las indemnizaciones, que tienen como función «reparar» y no «enriquecer», con la duda que provoca el artículo 123 LGSS.

Por ello será muy conveniente que existiese una norma que estableciese claramente el principio de la *compensatio* que ya viene aplicado por la jurisprudencia.

## UNIDAD II: CAUSALIDAD

### 3) SOBRE EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD JURIDICA EN LA RESPONSABILIDAD VICIL POR INCUMPLIMIENTO Y POR ACTO ILICITO.

# Sobre el principio de causalidad jurídica en la responsabilidad civil por incumplimiento y por acto ilícito

***1.*** – Hace algunos años, publiqué en esta revista un artículo de reflexión sobre este tema que se titulaba «Intorno al rapporto di causalità nel torto civile» [(1)].

Después he seguido profundizando en este tema ya que no considero convincente la opinión actual acerca de la relación causal en el ámbito del Derecho Civil, opinión que ha sido tomada de los autores de Derecho Penal y que no distingue entre la concepción jurídica y naturalista de la causalidad.

Desde el punto de vista civilista, resulta generalizada la opinión que establece un nexo entre la acción y el evento de carácter natural capaz de explicar y justificar, en todo caso, el «an debeatur», si bien no se establece un nexo entre el hecho (acción u omisión) y el daño, proponible tanto en lo que concierne al «an debeatur» como al «quantum debeatur».

Esta visión predominante se basa en el error de considerar al hombre capaz de alienarse y de entrar en contacto directo con las cosas y los fenómenos naturales que acontecen en el tiempo.

Dicho análisis no tiene en cuenta que la causalidad no existe en la «natura rerum» [(2)] y que se trata de un mero modelo de nuestra mente, del que nos servimos, por lo general, para establecer un nexo entre una causa y un resultado basándonos en

---

Fuente: «Rivista di diritto civile» 2001, II, págs. 409 y ss.

(1) Hágase referencia al texto jurídico integrativo: *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, en *Rivista di diritto civile,* 1995, II, p. 481.

(2) G. GORLA, *Sulla così detta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, en *Studi in onore di A. Cicu*, Milán 1951, p. 433.

la frecuencia con que la primera anticipa y determina la existencia del segundo [3].

En la práctica, de la continua observación de los fenómenos y de sus representaciones, que se suceden temporalmente, extraemos un principio inductivo que explica dicha sucesión [4].

Invirtiendo el proceso, formulamos hipótesis y juicios de valor razonables sobre el antecedente causal, que contrastamos y verificamos utilizando el método deductivo [5].

La coherencia de los resultados de los anteriores nos confirmará o excluirá la hipótesis inicial.

Así pues, la causalidad, entendida como modelo mental, se aplicará, por lo general, a las sucesiones de todo tipo de fenómenos de carácter natural, económico, social o jurídico, entre otros.

***2.*** – Los conceptos de causalidad jurídica y material representan dos aplicaciones distintas del concepto más genérico y global de causalidad.

La causalidad material, a diferencia de la jurídica, es el modelo que vincula la conducta humana al evento natural, derivándose este último de la precedente y presumiéndose de manera necesaria.

La causalidad no subsiste ni se puede presumir en todos los casos en los que la conducta humana no produce o no va seguida de un evento natural, tal y como ocurre en los ilícitos o conductas delictivas comisivas u omisivas, en particular.

A modo de ejemplo, podemos mencionar el incumplimiento contractual (art. 1453 del CC italiano) y la omisión de los actos legalmente previstos y exigibles.

Cabe divergir de la visión arbitraria de quienes, con tal de preservar y defender el modelo naturalista, conciben la causalidad en la omisión como el nexo que vincula la omisión o

---

[3] D. HUME, *Opere filosofiche* [*Obras filosóficas*], Bari, 1992, págs. 63 y ss.; KANT, *Critica della Ragion Pura* [*Crítica de la Razón Pura*], Milán 1995; PH. N. JOHNSON-LAIRD, *Modelli mentali* [*Teoría de los modelos mentales*], Bolonia, 1983, p. 107.

[4] J. STUART MILL: *Sistema di logica deduttiva e induttiva* [*Sistema de lógica deductiva e inductiva*], Turín, 1988, I, p. 457.

[5] G. VALCAVI, *ob. cit.*, p. 485.

no realización de la conducta debida a un evento natural, efecto derivado de aquélla [6]. Bajo ninguna circunstancia el deber omitido tendrá como efecto o determinará la entrega del bien.

En efecto, la visión a la que apuntábamos antes contribuiría a dar una interpretación restrictiva del daño, concepto que analizaremos más adelante, en aquellos casos en que éste queda circunscrito a los límites de lo que antiguamente se daba en llamar «circa rem» (o interés inmediato, entendido como consecuencia inmediata del hecho que obliga a reparación) [7], frente a lo que se conocía como «extra rem» (o interés mediato) y, de forma más genérica, a la concepción actual.

La causalidad jurídica, a diferencia de la causalidad material o física a la que acabamos de aludir, representa, por su parte, el modelo dictado por el legislador relativo a la sucesión de los fenómenos en el ámbito del hecho jurídico descrito y su concurrencia ideal [8].

En este supuesto el antecedente causal no estäa constituido por la mera conducta, sino por «el hecho», entendido como la unión entre los conceptos de conducta y de evento natural cuando se verifica este último, o bien como conducta sin evento, cuando este último no se produce.

En este caso, no hemos de entender el efecto en sentido natural en la medida en que, como hemos visto, puede no producirse, sino que ha de entenderse en sentido jurídico, esto es, como una constante que se verifica en todo momento: «el daño» [9].

Esta distinción tenía lugar ya en la época de los antiguos juristas romanos, quienes diferenciaban claramente «la ruptio» del daño [10].

---

[6] F. REALMONTE: *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, nella responsabilità civile*, Milán, 1967, págs. 28, 42, 97 y ss.; P. TRIMARCHI: *Causalità e danno*, Milán, 1967, págs. 14, 15, 19 y 20.

[7] F. PASTORI: *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milán, 1992, p. 1043; S. PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, II, p. 337.

[8] Cabe recordar, al respecto, el enfrentamiento de posturas entre Gorla y Carnelutti en relación con las críticas relativas a la respectiva visión idealista y de realismo ingenuo.

[9] Acerca del daño como elemento de los actos ilícitos, véanse, entre otros: CARNELUTTI, *Il reato e il danno*, Padova, 1926, págs. 19 y ss.; G. BETTIOL, *Diritto Penale*, Padova, 1978, págs. 304 y ss.; G. DELITALA, *Scritti di diritto penale*, Milán, 1976, págs. 126 y ss.; A. ROCCO, *L'oggetto del reato,* Roma, 1932, y los autores mencionados en dicha obra: F. CARRARA, *Programma di diritto criminale,* Florencia, 1907, I, p. 193.

[10] C. FERRINI, *Enciclopedia Giuridica*, 1880-1890, *Danni (azioni di)*, págs. 61 y ss.; id. *Manuale delle Pandette*, Milán, 1952, págs. 457 y ss., 576 y ss.

El daño es, sin duda alguna, una creación de nuestra mente y, por lo tanto, constituye una abstracción, al igual que el hecho y, más concretamente, representa o identifica la lesión de un determinado interés que debía prevalecer y que, sin embargo, resulta sacrificado.

Claramente, el daño representa un elemento extrínseco al hecho o antecedente causal en cuanto constituye la consecuencia, si bien se encuadra en los hechos jurídicos descritos por el legislador, que incorpora elementos como el hecho global, el daño y la causa jurídica.

El único elemento extrínseco al hecho jurídico es la imposición del resarcimiento [(11)].

Algunos autores han hecho hincapié en el suceso naturalista hasta el punto de negar la realidad del daño, o bien lo han reducido a una mera cualidad o expresión del evento natural que, como hemos visto, puede no verificarse y que, no obstante, representa un concepto diverso [(12)].

En virtud del precepto «*non ens et nullae sunt causae non entis*», no compartimos la opinión de quienes niegan la existencia del lucro cesante [(13)].

El hecho físico o natural se referirá, intrínsecamente, a la causalidad material existente entre conducta y evento natural, mientras que, extrínsecamente al hecho material, si bien intrínsecamente al hecho jurídico, hallaremos la causalidad jurídica mediante la que se establece el nexo entre hecho y daño. En este caso, la causalidad jurídica coexistirá con la causalidad material o física.

Por el contrario, cuando el antecedente venga determinado por una omisión o, de forma más genérica, por una conducta de la que no se deriva evento alguno, hallaremos tan sólo la causalidad jurídica existente entre la omisión y el daño, pero no la causalidad material.

---

(11) Cataudella, voz *Fattispecie,* en *Enciclopedia del diritto,* Milán, 1966, XVI. En el mismo sentido se pronuncian los autores citados en la nota 9, C. MAJORCA, *Novissimo Digesto,* voz *Fatto giuridico – Fattispecie,* VII, Turín 1961, p. 122; postura contraria: P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale,* Padova 1982, p. 173.

(12) Entre otros: F. REALMONTE, *ob. loc. cit.*

(13) V. CARBONE, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Turín, 1987, I, p. 139; id. *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Nápoles, 1967, p. 167.

Esta observación explica el motivo por el que el autor de estas líneas no comparte la visión de aquellos autores que defienden la existencia de un nexo causal doble, esto es, entre la conducta y el evento natural por una parte y, por otra, entre el evento y el daño (14).

La consecuencia de la causalidad jurídica engloba y se funde en una única realidad con el daño cuyo *quantum* se evalúa, dado que la dimensión del daño debe explicarse a través de y ha de mantener un vínculo con la causa (15).

La disertación anterior sobre la distinción general entre causalidad material y jurídica, sobre las diferencias conceptuales y su posible coexistencia o paralelismo, puede considerarse válida y aplicable, desde mi punto de vista, tanto al Derecho Civil como al Derecho Penal, si bien representa un tema en el que profundizaremos en otra ocasión.

En el ámbito de los delitos materiales y, concretamente, en los casos de homicidio, lesiones o daños, entre otros, el evento natural no requiere una justificación, mientras que, en el de los delitos formales, nos encontramos ante una conducta sin un evento aparejado (arts. 365 y 674.2.º del CP italiano).

Por una parte, existe causalidad jurídica entre el hecho-delito y, por otra, entre la conducta delictiva o criminal y el daño.

No obstante, la distinción entre el ámbito civil y el penal atiende a diversas normas causales específicamente dictadas por el legislador contempladas, en relación con el primero de ellos, en los arts. 1223 y 2056 del CC italiano, mientras que, en

---

(14) C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni,* en *Commentario Scialoja e Branca,* Bolonia, 1979, *sub* art. 1223 del CC italiano; V. CARBONE en *Danno e responsabilità,* 1996, págs. 430 y ss., notas 37 y 39. La tesis del doble nexo predomina en la doctrina germánica: ENNECERUS-LEHMAN, *Recht der Schuldverhältnissen,* Tubingen, 1958; CAMMERER, *Das problem der Üeberholenden Kausalitat,* Karlsruhe, 1962; STOLL, *Begriff und Grenzen der Vermogenschadens,* Heidelberg, 1976; Grunsky, en *Rivista critica del diritto privato,* 1982, p. 641. HART-HONORÉ apoya y defiende dicha tesis fundamentándose en el *common law* o derecho consuetudinario inglés: *Causation in law,* Oxford, 1962, p. 79, nota 15.

(15) Sin embargo, en lo referente a la unicidad de la relación causal entre incumplimiento, acto ilícito y daño, en la doctrina italiana originaria: POLACCO, *Le obbligazioni,* Roma, 1915, p. 588; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* Turín, 1966, II, p. 314; en la doctrina francesa: MAZEAUD TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile,* París, 1963, II, p. 407; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile,* París, 1959, II, p. 5. En el ámbito del *common law* o derecho consuetudinario inglés: PROSSER, *Handbook of the law of Torts,* S. Paul Minn., 1964, p. 240.

lo que concierne al segundo, encontramos dichas normas en los arts. 40 y 41 del CP italiano [16].

***3.*** – Llegados a este punto, cabe añadir que la determinación de las causas material y jurídica siguen normas distintas en lo concerniente a la frecuencia ideal de la sucesión de los fenómenos, considerada necesaria o suficiente, para identificar la relación causa-efecto.

En la causalidad material, meta jurídica, hemos de centrarnos únicamente en los métodos y reglas de las ciencias naturales.

La metodología científica considera que un evento natural es el resultado de una causa «cuando se da una sucesión constante, sin excepciones, entre ambas clases de fenómenos a cuya categoría pertenecen aquellos concretos de los que se está hablando» [17].

Dicha secuencia constante, sin excepciones, implica que el juicio de causalidad material debe ser susceptible de un contraejemplo, es decir, debe ser una teoría «falsificable» de acuerdo con una famosa afirmación de Popper [18] para poder determinarla con certeza.

Esto explica la razón por la que el Juez designará un perito experto en el campo o ciencia concretos en cuyo ámbito recaen las normas que aplicará para identificar y reconocer la relación de causalidad entre la conducta y el evento natural.

Por el contrario, variarán la fuente, el método y la frecuencia ideal sobre los que se fundamenta la relación de causalidad jurídica que opera entre el hecho (acción y omisión) mencionado más arriba y el daño, elementos típicos del hecho jurídico descrito por el legislador y al que va asociada la sanción.

---

[16] A este respecto, véase la nota 9 relativa a los autores que, entre otros muchos, conciben el daño antes mencionado como factor central de la causalidad. Por el contrario, en relación con el nexo necesario con un evento natural en el ámbito penal: F. STELLA, *La descrizione dell'evento,* Milán, 1970, págs. 45 y ss.; ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale,* Milán, 1934; A. SANTAMARIA, *Enciclopedia del diritto,* Milán, 1966, XVI, voz *Evento,* págs. 118 y ss.

[17] AMSTERDAMSKI, voz *Causa-effetto,* en *Enciclopedia Einaudi,* II, p. 823; B. DE FINETTI, voz *Probabilità,* misma fuente, X, págs. 1146 y ss.; STUART MILL, *ob. cit.*, p. 726; K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica,* Turín, 1970.

[18] K. POPPER, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica,* Milán, 1994, págs. 293 y ss., 313 y ss., 357 y ss.

La fuente se identifica precisamente con las normas jurídicas de obligado cumplimiento dictadas por el legislador, y no ya con las ciencias naturales.

La secuencia o sucesión ideal de los fenómenos en la causalidad jurídica no se corresponde con aquella constante, sin excepciones, a diferencia de cuanto ocurre en la causalidad material, sino que se identifica con aquella basada en la normalidad y, como consecuencia, de tipo probabilista, que indica tan sólo el número de casos favorables respecto de aquellos posibles.

Precisamente por esta razón, la probabilidad representa la regla básica de la causalidad jurídica, en cuanto se deduce de las máximas de experiencia inherentes al patrimonio cultural medio de la sociedad.

El juicio de probabilidad, desde el punto de vista subjetivo, se traduce en el juicio de previsibilidad.

Pueden verificarse ambos, tanto *a priori* como *a posteriori,* con respecto a l hecho considerado. La probabilidad a posteriori comprende el caso considerado en la frecuencia y se conoce con el nombre de probabilidad bayesiana [(19)]. El juicio de causalidad a posteriori se adentra, desde una perspectiva subjetiva, en la predicción consecutiva respecto de la mera previsibilidad, que tiene lugar a priori.

La confusión entre las nociones de causalidad jurídica y material y de las respectivas reglas ha dado lugar a la reciente discusión en las aulas de los órganos de justicia acerca de la necesidad de hacer referencia, en ambos casos, a las leyes científicas o a las probabilistas [(20)].

La fórmula de la «*conditio sine qua non*» o teoría de la equivalencia de las condiciones, como expresión del método científico, se puede aplicar a la causalidad material, si bien no a la causalidad jurídica, puesto que ampliaría desmesuradamente el número de los factores causales [(21)].

---

[(19)] *Enciclopedia Einaudi*, T. III, voz *Caso-probabilità,* p. 672; DE FINETTI, *Teoria della probabilità,* Turín, 1970, págs. 78 y ss.

[(20)] A lo largo de las últimas décadas, el criterio probabilista se ha debatido entre el criterio estadístico (STS italiano núm. 3622, Sala de lo Civil, Sección III, de 3 de junio de 1980) y el que se sustenta en una máxima de experiencia (STS italiano núm. 1228, Sala de lo Civil, de 3 de marzo de 1987) aproximándose, por último, al criterio de la probabilidad aparente o verosímil (STS italiano núm. 11, p. 287, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 1993).

[(21)] La fórmula de la «*conditio sine qua non*», acuñada originariamente en el

En teoría, a esta última podría resultar equiparable el criterio de la adecuación o de la normalidad basado en las reglas probabilistas y de previsibilidad. No obstante, tras un análisis exhaustivo, se revela igualmente susceptible de críticas [(22)].

La confusión resulta manifiesta en las opiniones jurisprudenciales y doctrinales con arreglo a las que, hablando de causalidad material, bastaría un juicio de probabilidad, tanto desde una perspectiva civilista como penalista, en virtud del que el juez quedaría «autorizado a recurrir a una serie de asunciones nomológicas tácitas y a presumir la existencia de condiciones iniciales no conocidas o simplemente

---

ámbito penal y que se remonta a la época de von Buri y, en Italia, al período de Vannini, predomina en el ordenamiento penal actual, combinándose con el criterio de la causalidad eficiente en relación con el art. 41 del CP italiano. No obstante, dicha teoría resulta común en ese ámbito del Derecho Penal, basado no ya en el daño sino en el evento natural, siendo el daño el resultado de una serie de concausas cuya distinta eficacia causal no siempre es fácilmente identificable o determinable, tal y como acontece en los delitos viales. Esta teoría no ha sido adoptada por el sistema italiano, ni tan siquiera en el ámbito penal, en lo que concierne a la cooperación culposa, en cuyo caso el art. 113 del CP italiano solicita la adhesión del autor de la concausa a las conductas ajenas o de terceros y la fusión en una única causa (STS italiano, Sala de lo Penal, Sección IV, de 21 de abril de 1988, entre otras). Por otra parte, esta misma teoría ha sido defendida por autores como TRIMARCHI, C*onditio sine qua non, causalità alternativa ipotetica e danno*, en *Rivista Trimestrale* 1964, p. 1431, y transpuesta al derecho italiano mediante las SSTS italiano núm. 2231, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1985, y núm. 3619, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 1984, entre otras. El autor ha criticado encarecidamente esta teoría también desde el punto de vista penal, dado que se reduce tan sólo a un criterio negativo capaz de excluir el nexo causal entre las circunstancias no condicionantes y el evento natural, y no a un criterio positivo propenso a reconocer la existencia del nexo de causalidad presente en las circunstancias o eventos naturales vinculados entre sí tan sólo con carácter de *conditio sine qua non*. A mayor razón, dicho criterio resulta inaplicable en el marco del Derecho Civil, que prevé la existencia de un nexo entre incumplimiento, acto ilícito y el daño directo e inmediato, y no ya con el evento natural.

(22) Precisamente en la teoría distinta de la causalidad adecuada se inspiran, en el marco de la jurisprudencia italiana, muchas de las decisiones y sentencias existentes, tales como las SSTS italiano núm. 6172, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 1991, la núm. 6761, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 1982 o la núm. 2847, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1991. Esta teoría, procedente del Derecho Penal, se remonta a la época de von Kries y ha sido admitida por los penalistas italianos más destacados, tales como Delitala, Bettiol, Carnelutti o Nuvolone, entre otros nombres relevantes. Sin embargo, dicha teoría es susceptible de críticas también desde el punto de vista penalista, dado que el criterio considerado se reduce a un juicio pronóstico a priori del evento natural, y no ya a un juicio diagnóstico a posteriori, precisamente en los delitos por comisión a los que se asocia un evento. El autor pone de manifiesto que el art. 1223 del CC italiano requiere un nexo o vínculo *directo e inmediato* entre el incumplimiento, el acto ilícito y, especialmente, el daño. En consecuencia, resulta mayormente equiparable al daño el criterio de la causalidad eficiente.

supuestas» dado que, en caso contrario, «se verían frustrados los objetivos preventivo-represivos en el ámbito del Derecho Penal» [23]. En el ámbito de la causalidad material no podemos contentarnos con juicios probabilistas principalmente a priori, sino que hemos de remitirnos a las reglas o leyes científicas.

Del mismo modo, en la causalidad jurídica resulta inadmisible la tendencia que ha alcanzado su apogeo de reciente, en virtud de la cual deberíamos contentarnos con la denominada probabilidad aparente o verosímil [24]. En este caso, el juicio de probabilidad queda reducido al mero juicio de posibilidad y, por consiguiente, al de verosimilitud o plausibilidad, típico de quien formula una hipótesis pero no la confuta, proceso que debería seguirse en toda investigación y valoración causal.

En este sentido, cabe desautorizar de forma manifiesta la opinión que admite en el ámbito civil el modelo de causalidad defendido en la actualidad por los penalistas, un modelo que defiende y sostiene la causalidad material en detrimento de la jurídica. Desde este punto de vista, los arts. 1218 y 2043 del CC italiano no pueden considerarse la copia dúplice exacta de los arts. 40 y 41 del CP italiano; no obstante, cabe reconsiderar el propio alcance de la noción de causalidad en el Derecho Penal [25].

La noción civilista de causalidad diverge de la noción penalista en la medida en que aquélla busca el nexo con el daño en relación con el *an* y el *quantum,* tal y como consta en la resolución antedicha, y no solamente con el mero «*an debeatur*», de cara a la aplicación de la pena, como acontece en el Derecho Penal.

***4.*** – Las observaciones realizadas hasta ahora acerca de la primacía de la causalidad jurídica respecto de la material, del daño respecto del evento natural y del hecho antijurídico en su conjunto, en lugar de la simple conducta (como antecedente causal), encuentran cotejo en el *excursus* histórico del

[23] Sala de lo Penal del TS, Sección IV, 25 de marzo de 1975: «Caso Vajont»; Sala de lo Penal del TS, Sección IV, 6 de diciembre de 1990: «Caso Stava», en *Il Foro Italiano,* 1991, II, c. 36.

[24] Tribunal de Apelación de Génova, 10 de marzo de 1997, *Il danno e responsabilità,* 1997, p. 470. Para tener una visión general: K. POPPER, *Congetture e confutazioni,* Il Mulino, 1972, p. 36.

[25] TRIMARCHI, *ob. cit. loc. cit.*; F. REALMONTE, *ob. cit. loc. cit.*; C. FERRINI, *Enciclopedia giuridica*, *Danni (azioni di)*, *ob. cit. loc. cit*.

pensamiento jurídico desde el Derecho Romano hasta nuestros días.

Para los juristas romanos, la responsabilidad civil, contractual y extracontractual giraba en torno a la noción de daño y no a la de evento físico, es decir, por una parte «la omnis utilitas, quae circa rem consistit» (D 19. 1, 21.3; D 19.2.19.1; D 9.2.21) y, por otra parte, «il damnum iniura datum» y no el evento físico, ya se tratase de un hecho antijurídico [o delito] comisivo u omisivo.

En una primera fase, concedieron importancia a las conductas comisivas con un evento natural asociado, así como también al contacto físico entre el agente y la cosa (*corpore, copori*). No obstante, también en este caso, los juristas centraron la relación causal en el *damnum* (o menoscabo patrimonial) y no en la *ruptio* (o evento físico) [(26)].

En una segunda fase, adquirieron igualmente relevancia las conductas omisivas (*corpori* vs. *corpore*) a las que se concedió una *actio in factum o utilis ad exemplum legis aquiliae* (Gayo III, 219) [(27)].

En el Derecho justinianeo, se admitió el resarcimiento de los daños causados sin intervención de cosas o agentes (*nec corpore nec corpori*), una institución contemplada en la doctrina actual en lo referente a todo daño extracontractual. Por otra parte, el daño era resarcible tan sólo dentro de los límites del *duplum*.

En último término, la causalidad concebida en el Derecho romano era la jurídica, no identificable con la causalidad material.

La relación causal mencionada con anterioridad abarcaba la pérdida y el lucro cesante, al tiempo que se exigía que el daño fuese la consecuencia directa e inmediata del acto ilícito (cita D 19.1.21.3).

Los daños «circa rem» o intrínsecos (*prop ter rem habitam*) eran, de por sí, daños directos e inmediatos, como en el caso del vino que se transforma en vinagre a causa de una cuba defectuosa o del esclavo asesinado tras haber sido instituido

---

[(26)] S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano,* Milán, 1928, II, p. 335; E. BETTI, *Diritto Romano,* Padova, 1935, págs. 417 y ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni diritto romano,* Turín, 1990, págs. 605 y ss.

[(27)] POTHIER, *Traité des obligations*, París, 1777, núm. 160; MOLINEO, *De eo quod interest in Opera Omnia*, París, 1681.

heredero. De forma análoga, en la responsabilidad extracontractual se exigía que los daños fuesen o representasen una consecuencia directa e inmediata.

La interrupción causal estaba regulada en el D 9.2.25.1; 43.24.7.4. La causalidad alternativa hipotética aparecía recogida en el D 19.2.10.1.

Estos principios se transmitieron a los juristas del Derecho común (Bartolo y Donello, entre otros) y con ellos se consolidó la distinción entre daños *circa rem* y daños *extra rem,* confundiéndose la causalidad con la previsibilidad.

Dicha distinción permanecía aún en auge en la época de Pothier y fue sucesivamente abandonada «por dar lugar a excesivas incongruencias», razón por la que Pacifici-Mazzoni llegó a afirmar en su momento que «la distinción no ha lugar».

***5.*** – Acerca del espíritu de los tiempos modernos, marcado por el *favor debitoris* en virtud del cual el daño por incumplimiento en la causalidad jurídica debía estar justificado por una «causa proxima et non remota», se pronunciaron Molineo y, muy encarecidamente, Pothier [(28)], mientras que, en el ámbito penal, se hicieron eco de dicha tesis Oertman y Birkmeier [(29)].

Dicho proceso ha conducido a la fórmula contemplada en el art. 1151 del Código Napoleónico, adoptado por el Consejo de Estado francés sin debate alguno por su claridad, según el cual «en el caso en que se verifique el incumplimiento doloso por parte del deudor, los daños e intereses relativos a la pérdida sufrida y soportada por los acreedores, así como al lucro cesante, deben estar circunscritos a lo que constituye la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo».

El método adoptado por dicho legislador era el de la causalidad jurídica, que establece un nexo entre el hecho global (comisivo y omisivo) y el daño (ya se trate de daño emergente o de lucro cesante), y no ya el de la causalidad material (intrínseca al hecho comisivo), que asocia la conducta al evento natural.

---

[(28)] OERTMANN, *Zur Leher Vom Kausalzusammennhang*, Tubingen, 1886, p. 268.

[(29)] POTHIER, *ob. cit. loc. cit.,* inspirado en Paolo, quien exoneraba de la responsabilidad por muerte de los esclavos al deudor que no les había abastecido de trigo.

La fórmula adoptada se instauró en la relación de causalidad directa e inmediata, de la que debía excluirse la relación de causalidad indirecta.

A este respecto, resulta particularmente iluminante la enseñanza de Pothier, quien promulgaba que en el caso en que una vaca enferma de peste hubiese contagiado a los restantes animales del establo produciendo la muerte de estos últimos, la exclusión del daño derivado del no cultivo de las tierras, de la consecuente pérdida de la cosecha y, en definitiva, de la ruina sobrevenida [30].

El daño correspondiente al valor del ganado muerto o del vino transformado en vinagre se consideraba el resultado directo del contagio con la vaca enferma de peste o del contacto del vino con la cuba deteriorada, por lo que era resarcible, mientras que el otro no lo era por constituir un daño indirecto.

La fórmula contemplada en el art. 1151 del Código Napoleónico alberga una cierta lógica en cuanto, de haber considerado resarcibles los daños contractuales indirectos, la situación del deudor se habría agravado considerablemente, pese a la clara tendencia a la moderación frente al deudor, por haber sido abolido el límite del valor doble, de origen justinianeo.

La doctrina y la jurisprudencia francesas han extendido, asimismo, en una fase sucesiva, la aplicación de la regla a los daños extracontractuales, habiendo influido probablemente en la redacción del texto de la norma (Demolombe, Ripert y, en sentido contrario, Aubry y Rau, Planiol, Esmein) [31].

Acerca del significado y del alcance de los «daños directos e inmediatos» se han pronunciado numerosos escritores franceses, desde Marcadè a Zachariae, pasando por Baudry-Lacantinerie, Demogue, Ripert, Duranton, Troplong, Savatier, Mazeau y Marty [32].

---

[30] DEMOLOMBE, *Cours de code Napoleon,* París, 1873, p. 268; RIPERT, *Traité de pratique de droit civil français,* París, 1902, VI, núm. 445, p. 352.

[31] Sobre la aceptación generalizada de la fórmula en el Consejo de Estado francés, véase *Discussions du code Napoleon dans les Conseil d'Etat,* París, 1808, II, p. 264. Sobre los mencionados autores: MARCADÉ, *Spiegazione del codice di Napoleone,* Palermo, 1856, II, 2, págs. 332 y ss.; ZACHARIAE, *Corso di diritto civile,* París, 1888, II, p. 626; DEMOGUE, *Traité des obligations en general,* París, 1932, núm. 281, p. 316; ESMEIN, *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1934, p. 317; G. MARTY, revista antedicha, *ob. cit.,* 1939, p. 685; SAVATIER, *Théorie des obbligations*, 1967, p. 285.

[32] GREGOIRE, *Le droit anglo-americain de la responsabilité civile*, Bruselas,

Marcadè concluyó que por daño directo e inmediato debe entenderse aquel «derivado directamente del dolo, como su única causa y talmente próxima que no se suscitan otras causas ajenas al dolo del deudor».

Lalou afirmó que por «daño directo ha de entenderse aquel cuya causa única reside en el hecho productor del daño, mientras que será indirecto el daño ocasionado por un delito o cuasidelito».

Colmet de Santerre, con espíritu perspicaz, escribió que la norma excluía la posibilidad de proceder «de conjetura en conjetura» dado que, de lo contrario, el deudor habría tenido que responder incluso del suicidio del acreedor.

Bastante más ambiguo ha sido el planteamiento de la jurisprudencia francesa, a cuyo respecto Esmein escribió que «los tribunales actuaban sin un criterio preciso, por puro instinto».

El art.1151 del Código Napoleónico estaba inspirado en el art. 1107 del Código Civil español, art. 2100 del Código mexicano, art. 1242 del Código sardo, art. 1105 del Código de las Dos Sicilias, art. 1124 del Código parmesano y en el art. 1201 del Código estense.

En territorio alemán, el art. 1323 del Código Civil austríaco y el art. 249 del Código Civil alemán, a diferencia de las legislaciones que se inspiraron en Pothier, no introdujeron límite alguno a la causalidad, a la previsibilidad y a la evitabilidad del daño.

En Gran Bretaña (tierra natal de Hume y de Mill), se pasó de la teoría de la previsibilidad, codificada en 1850 por el juez Pollock, a la teoría de la relación directa en 1921 con motivo de la sentencia del Tribunal de Apelación en el caso *Re Polemis and Furness*, volviéndose a retomar, en 1961, la teoría de la previsibilidad a raíz de la sentencia relativa al caso *Overseas Tankship* [(33)].

En los países que se rigen por el Common Law [o derecho consuetudinario inglés], una obra importante en materia causal es la titulada *Causation in Law*, de H. L. Hart y Tony H. Honoré.

---

núm. 117, p. 119.

[(33)] H. L. HART HONORÉ, *Causation in law,* Oxford, 1985, p. 93.

***6.*** – La fórmula de la relación de «causalidad inmediata y directa» entre el hecho y el daño contemplada en el art. 1151 del Código Napoleónico se plasmó en el art. 1229 del Código Civil de 1865, evidenciándose su significado, hecho que queda suficientemente corroborado al no encontrar alusión o indicio explicativo alguno en el informe ministerial, en los trabajos parlamentarios ni en la comisión de coordinación precedentes.

Dicha fórmula resulta idéntica a la redacción del art. 1223 del CC italiano en vigor.

Se trata de una fórmula que, a fin de cuentas, se ha demostrado prácticamente insustituible para identificar la secuencia de todo tipo de daño, incluyendo, asimismo, el lucro cesante.

¿Cómo admitir el resarcimiento de las «ganancias indirectas perdidas», tutelando aquellas otras ganancias que Dernburg denominaba «sueños de ganancias»?

La jurisprudencia se ha demostrado partidaria de la fórmula del daño directo e inmediato al extender su aplicabilidad al daño extracontractual, destacando la postura de juristas tales como Pacifici Mazzoni, Giorgi, Ricci y Mattei, entre otros muchos [(34)].

No obstante, dicha teoría recibió igualmente críticas centradas en su eventual carácter restrictivo. Gabba y Chironi, siguiendo las huellas de Sintenis y Windscheid, propusieron reemplazarla con la teoría de las «consecuencias necesarias». Por otra parte, dicha fórmula no recogía la esencia del juicio causal al sustentarse en el requisito distinto de la no evitabilidad, actualmente regulado en el art. 1227.2.º del CC italiano [(35)].

Coviello superó dicha tesis y propuso suprimir la locución «directas e inmediatas» en cuanto se entendía implícita en la noción de previsibilidad [(36)]. El autor de estas líneas ha observado anteriormente que la previsibilidad a la que aludía Coviello era

---

[(34)] PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile,* Turín, IV, p. 488; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni,* Florencia, 1924, II, págs. 187 y ss.; RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile,* Turín, 1912, VI, p. 275; MATTEI, *Il codice civile italiano,* Venecia, 1874, IV, *sub* art. 1229, p. 317.

[(35)] GABBA, *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento*, en *Nuove questioni del diritto civile*, Turín, 1905; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, Turín, 1897, p. 486.

[(36)] N. COVIELLO, *Intorno alla risarcibilità dei danni indiretti e mediati,* en *Giurisprudenza italiana,* 1897, I, c. 23 y ss.; D. MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso,* en *Rivista di diritto commerciale,* 1921, I, p. 56.

la originada a partir del momento del incumplimiento, mientras que el art. 1228 de aquel mismo código la situaba en el momento de la formación del contacto, al igual que el art. 1225 del CC italiano actualmente vigente.

Esta hipótesis habría restringido y delimitado excesivamente el ámbito del daño doloso resarcible e indemnizable y, por el contrario, habría extendido sobremanera los límites del daño culposo, asimilando las consecuencias del incumplimiento doloso y culposo.

***7.*** – El nuevo legislador se ha uniformado al precedente reproduciendo en el art. 1223 del CC italiano la misma redacción del art. 1229 del código derogado que enmarca en el hecho jurídico la causa identificada en el hecho antijurídico (que determina en el incumplimiento o en el retraso) y el evento en el daño, es decir, la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia que hubiese dejado de obtener, en cuanto constituyen la consecuencia directa e inmediata.

La fórmula adoptada por esta norma y por el art. 2056 del CC italiano, que se inspira en el mencionado art. 1229, concierne a la causalidad jurídica y no a la material.

La comisión de un ilícito aquiliano, el incumplimiento o la mora, no evidencian, desde una perspectiva civilista, la propia realidad física de acción o de omisión implícitas, sino que han de entenderse tan sólo en términos normativos, es decir, como comisión de un acto prohibido o como omisión de un acto ordenado y exigible.

Cabe disentir de quienes consideran que los arts. 1223 y 2056 del CC italiano deben considerarse conjuntamente e integrarse con los arts. 40 y 41 del Código Penal italiano, dado que «no existe solución de continuidad entre los diversos ramos del Derecho».

En el ordenamiento civil, la causalidad material reside y se sustenta intrínsecamente en el hecho comisivo en calidad de nexo entre conducta y evento natural, considerados en su conjunto, mientras que el nexo entre el hecho y el daño determina la causalidad jurídica, que coexistirá con la primera. Cabe añadir, asimismo, que ésta es la única forma de causalidad presumible en relación con los hechos omisivos o de mera conducta.

Ya hemos señalado que el daño es una representación abstracta y empírica al igual que el hecho antijurídico, causa de aquél, por lo que no puede existir acuerdo con quienes llegan a negar la existencia del daño o del lucro cesante, dado que incurriríamos en abstracciones. El daño y el lucro cesante representan realidades incontestables.

Tampoco puede reducirse el daño al nivel de mera cualidad de un evento natural que puede no verificarse, como en el caso de los hechos omisivos, y la fórmula utilizada de «evento dañoso» resulta equívoca. La pérdida y el lucro cesante, que definen el contenido del daño, son fenómenos reales.

La doctrina discute acerca de la distinción entre «daño-evento», binomio inherente al hecho jurídico, y entre «daño-consecuencias», binomio completamente ajeno al anterior [37]. El binomio daño-consecuencias encuentra justificación única y exclusivamente en quienes admiten la resarcibilidad de los daños indirectos, postura a la que no nos sumamos.

La asociación conceptual «daño-injusto» representa una formulación pleonástica, dado que es tal en cuanto se deriva de un hecho antijurídico.

Resulta inadmisible la opinión que pretende limitar el daño a la conclusión del solo «an debeatur», excluyendo el «quantum debeatur». El «an debeatur» representa tan sólo una etapa del juicio causal, en la economía del esfuerzo intelectual de quien juzga.

Los arts. 1223 y 2056 del CC italiano establecen conjuntamente que el nexo entre el hecho y el daño debe ser directo e inmediato, tal y como dispusieron los legisladores anteriores, quienes adoptaron la regla «in iure proxima et non remota causa spectatur».

La causalidad relevante para el Derecho es la que resulta conforme al ordenamiento legislativo, que prevalece incluso sobre la justificación probabilista a posteriori que ya hemos tratado con anterioridad.

---

[37] En relación con el binomio «daño-evento»: STS italiano 390, Sala de lo Civil, Sección I, de 27 de febrero de 1962, en *Rivista di diritto civile,* 1963, II, p. 599; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile,* Padova, 1960, p. 21; CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum,* en *Il Foro italiano,* 1952, IV, c. 99. En lo que concierne al binomio «daño-consecuencias»: G. GORLA, *ob. cit.*, p. 433.

Asimismo, hemos recordado más arriba las observaciones críticas de Gabba y Chironi acerca de la fórmula del «daño directo e inmediato», si bien resultan críticas infundadas tras el abandono del art. 19 del proyecto final Grandi, que hablaba de «consecuencias necesarias», por parte de las asambleas legislativas que, superando tales objeciones, rehabilitaron la antigua fórmula según la que la relación de causalidad debe ser directa e inmediata [(38)].

La adopción del texto del art. 1223 del CC italiano denota la voluntad no contestable del legislador vigente.

El adjetivo «directo» indica la relación de consecuencialidad y univocidad lógica entre el hecho antijurídico y el daño, tal y como acontece en el famoso caso de la muerte del ganado contagiado por la vaca enferma de peste o en el del vino transformado en vinagre al entrar en contacto con una cuba deteriorada.

En cuanto a las críticas contra el adjetivo «inmediato», se establece que el evento físico puede asumir una forma definitiva debido a una evolución con el paso del tiempo. Los arts. 1223 y 2056 del CC italiano aluden, no obstante, a la relación entre el hecho, con posterioridad a su estabilización evolutiva, y el daño, que debe ser directo e inmediato.

Como hemos dicho antes, no nos sumamos a la opinión, por cuanto generalizada y autoritaria sea, que subroga la fórmula legislativa de la relación directa e inmediata con la interpretación metajurídica de la *conditio sine qua non* que, por otra parte, cabría asociar al criterio de la causalidad eficiente en caso de acontecer de improviso un hecho interruptivo.

Dicha teoría se revela inadmisible, asimismo, en el caso de que un sujeto atropelle o cause lesiones y/o daños corporales a una persona, verificándose con posterioridad el fallecimiento de esta última, por un incendio en el centro en que se halle hospitalizada [la víctima] o a causa de un ilícito por parte de terceros, debiendo, en todo caso, responder de la muerte.

Encontramos una ulterior confirmación de cuanto expuesto en la opinión común que exige que la relación de causalidad sea directa e inmediata para la *compensatio lucri cum damno*.

En lo que concierne al resarcimiento de los daños indirectos, reconocidos desde el punto de vista jurisprudencial y de la

---

[(38)] A este respecto, véase concretamente el siguiente texto jurídico del autor: *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile*, *ob. cit.*, p. 491, nota 37.

doctrina, siempre que dichos daños respondan a una cierta lógica de normalidad, cabe señalar que los arts. 1223 y 2056 del CC italiano han excluido el principio general *causa causae est causa causati*, al tiempo que la limitación a los daños indirectos normales queda fuera de lugar, en la medida en que una relación de causalidad anormal resulta irrelevante tanto para los daños directos como para los indirectos [(39)].

En cuanto a la interrupción del nexo causal jurídico, una hipótesis defendible es la formulada por el art. 1227.2.º del CC italiano, en virtud del que no sería indemnizable aquella parte del daño que el acreedor no ha evitado pese a haber tenido la posibilidad [(40)].

Resumiendo, podemos afirmar que la disciplina de la causalidad jurídica no se limita únicamente a las normas contempladas en los arts. 1223 y 2056 del CC italiano, sino que, en materia contractual, se encuentra asimismo regulada en los arts. 1218, 1225 y 1227.2.º; en el ámbito extracontractual, cabe hacer referencia a los arts. 2043, 2056, con la remisión a los arts. 1223 y 1227.2.º del CC italiano.

***Otro texto del autor sobre el mismo tema:***

– *«Intorno al rapporto di causalità nel torto civile»*, en *Rivista di diritto civile*, 1995, II, p. 481.

[(39)] DE CUPIS, *Il danno,* Milán, 1966, II, p. 200.

[(40)] El apartado 2 del art. 1227 del CC italiano, al determinar que recae sobre la parte afectada la obligación de evitar la agravación del daño, prevé un factor interruptivo de la relación causal existente, concerniente a la interpretación del *quantum debeatur*. Sobre la interrupción de la relación de causalidad en general, véase: U. GIULIANI BALESTRINO, *La cd interruzione del nesso causale, come fatto normativo*, en *Scritti in memoria di R. Dell'Andro,* Bari, 1994, p. 397.

# LECTURAS OBLIGATORIAS

**UNIDAD III: CRITERIOS DE IMPUTACION**

1) **LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Luis Diez Picazo.**

# La culpa en la responsabilidad civil extracontractual

LUIS DÍEZ-PICAZO

## 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de culpa que se utiliza en materia de responsabilidad civil extracontractual me parece extraordinariamente borroso y necesitado de alguna profundización. En un trabajo anterior *(Derecho de daños,* Madrid, 2000) opté por clasificar lo que me parecían las diferentes posiciones doctrinales en lo que denominé concepciones psicológica, ética, normativa y económica y me decanté por la tercera de ellas. Se trataba de un intento de aproximación que, ahora, debe ser continuado. Tratar de obtener el más claro perfil posible del concepto de culpa, siempre poroso y huidizo, es más necesario todavía en un momento en que la línea que parece seguir la jurisprudencia es la de un retorno a la responsabilidad por culpa como principio, con la consiguiente consideración de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo como un supuesto excepcional. En efecto, si el concepto de culpa no se precisa, ese retorno termina siendo más aparente que real y no tiene mucho sentido hablar de un «reproche culpabilístico» si no se termina de saber cómo ha de hacerse éste y no se lleva a cabo con alguna dosis de rigor.

Hay una aclaración previa que me parece superflua. El carácter borroso del concepto de culpa, o como se lo quiera llamar, se predica sobre todo de la culpa entendida como imprudencia o negligencia, pues la aplicación, en materia civil, de las figuras del dolo, del dolo eventual y de la preteintencionalidad, no es problemática.

## 2. UNA BREVE EXCURSIÓN A TRAVÉS DE SENTENCIAS DEL TS

Para introducirnos en la materia, no será impertinente comenzar, como tantas otras veces, analizando algunos ejemplos extraídos de sentencias relativamente recientes del TS.

1.º En el caso que decidió la STS de 24 de diciembre de 1997 el demandante alegaba que había sufrido daños en el rostro con sus secuelas y la pérdida de más de año y medio de trabajo. Trabajó, o había trabajado, al servicio de una sociedad dedicada a pavimentos asfálticos. Se encontraba en un determinado local reparando un vehículo y fue a buscar una pieza al almacén contiguo, en el cual se encontraba, abandonado, un extintor que estaba además caducado. En un momento dado y sin que se sepa muy bien por qué, el extintor explosionó y fue esta explosión la que produjo los daños. En un caso como éste, es claro que la culpa se concretaba en el incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene del trabajo, que la sentencia refiere a la relativa a los gases licuados y, en concreto, a la contenida en la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1971. En el caso concreto, no parecía haber tenido especial importancia que el extintor se hallara caducado o pasado de fecha, pues no fue utilizado para lo que hubiera sido su destino normal. El hecho de que se hallara abandonado en el almacén contiguo fue causa determinante del accidente, pero no se explica lo que se debe hacer con los extintores que han caducado ya cuando en ellos se contienen gases licuados o a presión.

Es preciso hacer constar que en la sentencia recordada el concepto de culpa fue utilizado únicamente para calificarla como contractual y decidir, en consecuencia, que, tratándose de un accidente de trabajo, la competencia correspondía a la jurisdicción laboral.

2.º La STS de 11 de junio de 1998 contemplaba un supuesto en el cual una empresa constructora estaba llevando a cabo una determinada edificación en un solar, para una empresa hotelera. El contratista había subcontratado la instalación de una grúa elevadora, que en un momento dado cayó sobre las propiedades contiguas produciendo daños. La entidad demandante imputaba la caída de la grúa a culpa de los demandados, que eran la empresa hotelera y la contratista. Pese al riesgo que la instalación de estos artefactos entraña –alegaba– no se habían cumplido los requisitos reglamentarios como eran la presentación de un proyecto técnico visado por facultativos y la cobertura de la responsabilidad civil mediante un seguro. Aunque la Audiencia había estimado la demanda, el STS declaró haber lugar al recurso. En esta sentencia, se pueden leer

tres afirmaciones que tienen especial importancia. La primera es que, aunque la instalación y el montaje de una grúa elevadora suponga la creación de un riesgo del que el contratista se aprovechó, no hay legalmente causa para que se le imponga una responsabilidad objetiva por el daño que pueda producir la caída de la grúa, «pues no existe norma en particular que así lo disponga». La segunda afirmación es que no le cabía al contratista la responsabilidad dimanante del artículo 1903 CC, en que la Audiencia se había fundado, pues la empresa instaladora no era dependiente del contratista, cualidad que es la que condiciona la responsabilidad prevista en el artículo 1903 CC. Y la tercera, que es la que a nosotros nos interesa ahora, es la afirmación de que al contratista no se le debía exigir mayor diligencia que la de contratar con una persona autorizada, y que no se encontraba en juego lo que la sentencia llama la severa reglamentación administrativa de establecimiento, funcionamiento y montaje de aparatos elevadores (Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, y OM de 9 de mayo de 1983 y 15 de febrero de 1985), pues, como ya se ha dicho, la empresa instaladora de la grúa no había sido demandada.

3.° En la sentencia de 29 de julio de 1988, en relación con el paro cardiorrespiratorio, seguido de anoxia cerebral, de un paciente al que se practicaba, con anestesia general una operación de reducción de una fractura y de alineación de los huesos, se puede leer lo siguiente:

> Corresponde señalar que la resolución de instancia ha hecho un examen pormenorizado de la «lex artis ad hoc» en supuestos como el del debate, y, después de subrayar que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, ha mostrado que, para una actividad profesional correcta en anestesiología, se requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos:
>
> 1. El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente.
> 2. Los estándares para la valoración preoperatoria, pruebas complementarias preoperatorias, peranestesia y cuidados postanestésicos, en cuyo apartado se incluirá: a) la evaluación preanestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) peranestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de líquidos.

> De lo que resulta que los estándares de monitorización básica intraoperatoria se deben aplicar a todo acto anestésico, salvo circunstancias de emergencia, y suponen: a) la presencia continua del anestesiólogo para monitorizar al paciente y proveer la atención anestésica; b) la permanente evaluación monitorizada de: 1, la concentración inhaladora de oxígeno en el circuito respiratorio, que se debe medir con una analizador provisto de una alarma, aparte de la necesidad de una iluminación y exposición adecuada del paciente para la valoración de la coloración a los efectos del control de la oxigenación sanguínea; 2, la conveniente y continua evaluación de la ventilación; 3, con referencia a la circulación, el paciente deberá tener su trazado continuo del electrocardiograma visible, con el control, al menos, cada cinco minutos, de la tensión arterial, ritmo cardíaco y saturación de oxígeno; y c) postanestesia, comprensiva de la evaluación y los controles del paciente en la unidad de recuperación postanestésica.
>
> La sentencia recurrida recoge las guías reseñadas del propio campo de esta rama de la ciencia médica, según opinión facilitada por la Presidencia de la Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor, cuyas bases, desde una perspectiva general, son, sin duda, adecuadas.

En la misma sentencia se puede leer también que:

> Asimismo, respecto al cirujano, la decisión expresa que éste no advirtió de forma inmediata el paro cardio-respiratorio, como reconoció al absolver la vigésima posición de las que le fueron formuladas, de donde el juzgador de instancia deriva que, ante tal situación, es exigible al operador el aseguramiento de que las constantes vitales del paciente eran permanentemente controladas mediante otros sistemas –lo que, en este caso, no consta que el médico efectuara de modo alguno–, ya que de haberse hecho así se hubieran podido detectar las anomalías ante los síntomas de la requerida parada y de la hipoxia, y, por tanto, quedaría expedita la utilización a tiempo de los medios técnicos indispensables para contrarrestarlas, a fin de evitar lesiones irreversibles como las que finalmente acaecieron.

Un comentario de esta sentencia no puede por menos de aplaudir el análisis completo de los deberes profesionales de un anestesista. No es tan clara la cuestión por lo que se refiere al cirujano, pues, aunque parece claro que debe asegurarse de que las constantes vitales de un paciente están siendo controladas, no parece necesario que lo tenga que hacer por sí mismo.

4.° En la STS de 21 de septiembre de 1998 se examina un caso en el que un empleado del demandado se encontraba manejando una máquina denominada «toro» con la que transportaba y apilaba unos rollos de alambre. Con esa ocasión, perforó con las púas o astas de la máquina unos bidones que contenían nitroglicerina, produciéndose lógicamente una explosión. La sentencia dice que existió res-

ponsabilidad del empleador por los actos de su empleado, argumentándolo en que la máquina había sido «manipulada descuidada e imprudentemente» por el empleado y en actividades totalmente ajenas al círculo concreto del riesgo que podían representar los bidones. Se señaló también que no existía responsabilidad del codemandado por la actividad causante del accidente, pues se encontraba totalmente desconectado de las infracciones posteriores que éste hubiera podido cometer, como podía haber sido la incompleta señalización de los bidones como material peligroso o la indicación en las cartas de porte de la forma de manejo de los susodichos bidones. De esta sentencia se pueden extraer dos comentarios. El primero es que, por lo que se refiere a la culpa del autor de los hechos, existe una petición de principio: hay culpa porque la máquina había sido manipulada descuidada e imprudentemente. La segunda observación es que la culpa ha de situarse precisamente en el hecho causante, de modo que el envío de los bidones, con infracción de reglamentos, por la incompleta señalización del material peligroso o la indicación sobre la manipulación de los bidones, no debían tomarse en consideración pues eran hechos *desconectados* del resultado dañoso.

5.° En la STS de 20 de octubre de 1998 se estimó que existía responsabilidad de los «Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana» por el accidente ocurrido al conductor de un automóvil en un paso a nivel. En esta sentencia se dice que el ferrocarril discurría por lugar peligroso, en curva sin visibilidad, con un paso a nivel sin barreras; y que la insistente petición de los ciudadanos de suprimirlo sólo fue atendida después del accidente. La peligrosidad del paso a nivel había hecho que FEVE, ya con anterioridad, hubiera aprobado y acometido la instalación de barreras automáticas y semáforos, que ese día no estaban ultimados y que fueron puestos en funcionamiento en los días subsiguientes. La sentencia admite que el conductor del vehículo se había detenido en la señal de *stop* ubicada en el cruce y después había continuado la marcha siendo entonces arrollado por el tren. Se discutía si desde el *stop* debió el conductor ver el tren que circulaba, pero la sentencia dice que «el hecho de que pudiera concurrir también la culpa del conductor no relevaba de responsabilidad al recurrente, que mantuvo lugar tan peligroso y generador de accidente». Es curioso constatar que en esta sentencia no se haga referencia alguna a la profusa y prolija reglamentación existente en materia de pasos a nivel, de donde se hubiera podido tal vez extraer alguna sólida argumentación, aunque es muy probable que ello fuera debido al modo como el asunto había sido planteado. Es curioso también que la culpa de FEVE se concrete en que «mantuvo lugar tan peligroso y generador de accidentes», cuando

había sido ya aprobado el proyecto de automatización y se habían instalado barreras automáticas y semáforos, aunque no estuvieran activados ese día y sólo lo fueran en los siguientes, la culpa no puede estar en mantener el paso a nivel sin barreras, sino, si acaso, en haberse retrasado en la modificación.

6.° La STS de 31 de octubre de 1998 examina el caso de un niño de cuatro años y medio atacado por un león en un parque zoológico, al que había acudido, junto con otros niños, en una visita organizada por el colegio del que eran alumnos. El niño se encontraba «totalmente descontrolado» por parte de los profesores, cuando ocurrió el accidente. Había, pues, una «falta en el control y vigilancia del menor». Es curioso señalar que, según la sentencia, había concurrido también responsabilidad de la dirección del parque zoológico, si bien, como ésta se encontraba con anterioridad definida y delimitada penalmente, no se llega a saber cuál había sido la culpa de la empresa del parque ni tampoco la forma en que ambas culpas, la de la empresa del zoológico y la del centro educativo, podían coordinarse.

7.° En el caso que decidió la STS de 9 de diciembre de 1998 la esposa y causante del actor, a la edad de setenta y ocho años, había sido intervenida quirúrgicamente en el Hospital San Rafael de Barcelona de un «halux valgus» o, vulgarmente, juanetes. La operación se realizó normalmente pero pocos días después se le presentó a dicha señora un cuadro de contractura muscular progresiva. Fue examinada por el médico de guardia y luego por los del equipo de cirugía ortopédica. Se sospechó un tétanos postquirúrgico y se inició un tratamiento. Fue luego trasladada a otro hospital de la misma ciudad, donde se confirmó el diagnóstico de tétanos, ingresó en una UCI y falleció poco después.

De esta sentencia parece útil retener uno de sus fundamentos que dice así:

> Pero junto a ello, también conviene recordar la doctrina sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la Sentencia de 13 de diciembre 1997), que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

## 3. A LA BUSCA DE LOS CRITERIOS

Se puede intentar, con los grupos de sentencias antes aludidas o con otras que al efecto no es difícil encontrar, formar tipos o categorías. En este sentido, se pueden mencionar las siguientes:

*a)* Se encuentran, ante todo los casos, en que la culpa se deriva de una «reprobación social». Es ésta una idea acuñada en sentencias que proceden del área de influencia que, en su día, tuvo Jaime Santos Briz. Aunque sobre la idea de una «reprobación social» habrá todavía que volver, hay que destacar que, con ella, se puede hacer referencia a un juicio genérico de desvalor de la conducta, sin explicitar las razones sobre las que tal juicio se funda o se puede también en ocasiones formular un juicio de desvalor del resultado. En este último caso, el proceder metodológico no es correcto, pues son dos cosas distintas el daño y la culpa. No se puede decir que en los daños por muy importantes que sean y por más que exista la tendencia hacia la necesidad de encontrar culpables, la culpa tenga necesariamente que existir.

*b)* En una línea muy próxima a la anterior se encuentra algún supuesto en que la culpa se extrae del daño diciendo que las cosas hablan por sí mismas *(res ipsa loquitur)* o cosas parecidas. Y en zona próxima se encuentra igualmente la llamada doctrina de los «daños desproporcionados» *(vid.* STS 9 de diciembre de 1998), pues no termina de saberse en que consiste la *desproporción* del daño, es decir, si es lo mismo que daño importante o catastrófico con un gran número de víctimas o daño que presenta una anómala relación con el comportamiento. De hecho, en la STS de 9 de diciembre de 1998, como se recordará, había existido una infección postoperatoria que desgraciadamente condujo a la muerte del paciente. La producción de una infección hospitalaria es desgraciadamente un suceso que presenta algunas cotas de probabilidad, cuando los hospitales se encuentran superpoblados y el personal sanitario recargado de trabajo. En el caso de la mencionada sentencia, la infección con el bacilo del tétanos tenía que haber sido originada, lógicamente, por algún tratamiento anterior. Se puede suponer que los instrumentos quirúrgicos habían sido esterilizados, aunque ocurre que el del tétanos es un bacilo especialmente resistente y requiere esterilizaciones muy especiales.

En la sentencia mencionada, la del 9 de diciembre de 1998, hay algún otro dato que merece ser tenido en cuenta: si el tipo de asunto pertenece a un grupo en que la experiencia detecte ordinariamente la producción de culpas, éstas puedan ser deducidas en el caso concreto del tipo aun sin prueba de ellas.

Algún comentario especial merece la regla *res ipsa loquitur* de la STS de 13 de diciembre de 1997. Como ha sido señalado, especialmente en la doctrina inglesa de donde procede, no es un método de valoración de la negligencia, sino una regla de prueba o, si se prefiere, una regla de utilización de presunciones. Es, se ha dicho, la irrefutable presunción o deducción de que el demandado ha sido negligente, que deriva de la prueba de que los instrumentos o medios que causaron la lesión se encontraban bajo el control exclusivo del demandado y de que el accidente pertenecía a un tipo de los que ordinariamente no ocurren sin negligencia. La negligencia del autor del daño se deduce del mero hecho de haber ocurrido el accidente y de las características y circunstancias del mismo si ello conduce razonablemente a creer que sin negligencia no habría ocurrido y que las cosas con las que se causó eran manejadas y se encontraban bajo control del demandado.

*c)* Los casos en que los tribunales entienden que había existido culpa, pero no definen, ni especifican, las razones por las cuales se establece la conclusión a la que el tribunal llega. Más bien parece aludirse a un juicio global del comportamiento, sin intentar siquiera alguna dosis de concreción. Así, por ejemplo, cuando se dice que una máquina había sido manipulada descuidada e imprudentemente o que el extintor caducado se hallaba abandonado.

*d)* Hay casos en que, para fundar la existencia de culpa, el tribunal afirma que existían específicos deberes, pero se trata de deberes que nadie podría fácilmente reconocer o, al contrario, que resulten perfectamente discutibles. En algún trabajo anterior cité en este sentido, el caso de la suicida de Zaragoza, en que el tribunal situó la culpa en el hecho de que la habitación en la que la paciente había sido colocada (que se encontraba en la planta baja) después de ser sometida a un lavado de estómago carecía de verjas. Naturalmente, las verjas hubieran impedido el suicidio que se produjo cuando la joven se arrojó por la ventana, pero no se explica bien si todas las ventanas de todos los hospitales deben tener rejas o qué pueda ocurrir en todos los hospitales que tengan rejas cuando se produzca un incendio.

También en alguna ocasión anterior he contado la sentencia sobre lo que podríamos llamar el incendio próximo a la autopista Villalba-Villacastín. Como es sabido, cuando se produce el incendio de los aledaños de una autopista de una carretera, los automovilistas frenan casi inconscientemente y si la carretera autopista se encuentra en ese momento abarrotada la colisión en cadena es casi inevitable.

La sentencia en cuestión llegaba a la conclusión de que había responsabilidad de la empresa concesionaria de la autopista, porque ésta no tenía un empleado especialmente dedicado a atender a los problemas que tales sucesos pueden ocasionar, sin preguntarse siquiera cuales podían ser las condiciones de la concesión o por qué debe un tribunal incidir en la política de una empresa o cual es la política laboral de la empresa o las posibilidades de incendio en las proximidades.

*e)* Finalmente, podemos encontrar casos y sentencias en las que los tribunales se cuidan de puntualizar si los demandados tenían o no deberes en una determinada situación y cuáles en concreto podían ser éstos. En este sentido me parece paradigmática la sentencia de 29 de julio de 1998 en el caso del anestesiólogo.

No puedo ni quiero ocultar mi simpatía hacia ella y mi propensión a compartir los puntos de vista que en esta sentencia aparecen y, por el contrario, la renuencia a aceptar los demás, pero éste es un tema que tiene que quedar todavía abierto.

## 4. LA CULPA COMO DESVIACIÓN DE UN MODELO Y EL PROBLEMA DE LA CONSTRUCCIÓN DE ÉSTE: LOS USOS COMO MODELO DE CONDUCTA

En términos generales, puede existir acuerdo en orden a que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, culpa significa la desviación respecto de un modelo de conducta o de un estándar, si se prefiere hablar así. La cuestión pasa a ser entonces, cómo se construye el modelo y cómo se enjuicia la desviación.

Al estudiar la costumbre como fuente del Derecho y, en relación con ella, los usos de los negocios o usos sociales y sus diferentes funciones dentro del ordenamiento jurídico, Federico de Castro *(Derecho Civil de España,* tomo I, parte general, p. 400) hablaba de los «usos como modelos de conducta», señalando que los usos son en ocasiones utilizados por la ley como modelos de conducta social, que señalan el tipo de conducta que una persona debe tener, o el límite de una actuación que no puede sobrepasar lícitamente. De Castro recordaba que en Francia –y en España, Valverde–, se había utilizado, sin apreciable ventaja, el término «estándar», como medida de una conducta social concreta. De Castro recordaba que en ocasiones las leyes hacen remisión a los usos y costumbres locales, como el comportamiento normal dentro de una localidad y, por consiguiente, con un valor de ejemplaridad. En este sentido, se pueden recordar las normas sobre las podas en los montes (art. 485), o las

que se refieren a los llamados regalos de costumbre no sometidos a colación. El mismo recordado maestro, situaba dentro de ese capítulo de los usos como modelos de conducta, los módulos para precisar si ha habido diligencia o negligencia en el cumplimiento de la obligación contractual y extracontractual.

El problema que plantea la construcción del modelo por la vía de los usos, es que no se termina de saber bien el alcance que de la idea de usos se da. La primera posibilidad es que los usos sean entendidos como «mera facticidad» denotando lo que en la realidad es usual que se practique en un determinado ámbito de actuación. Si así fuera, el concepto no resulta especialmente útil, porque bastaría que estadísticamente una alta proporción de individuos en el sector sean descuidados, para que el modelo se construya a partir de ese dato.

La segunda posibilidad es que los usos no se conciben como «mera facticidad», sino que se introduzca en ellos algún contenido normativo, por la vía de la convicción u *opinio iuris* sobre ellas. Mas en tal caso lo que define el modelo no es la facticidad estadística de su práctica, sino las reglas de conducta que los usos contienen. Que los usos pueden ser normas de conducta es algo que está a mi juicio fuera de duda, pero en tal caso son las reglas y no su fuente las que definen el modelo.

## 5. CULPA Y JUICIOS DE VALOR O DE DESVALOR

En un excelente artículo, dedicado a la teoría general de la culpa civil y publicado en la *Enciclopedia del Diritto,* Carlo Maiorca recordaba cómo, en orden a la definición de la culpa, existen en la teoría general dos puntos de vista contrapuestos e inconciliables. Simplificando mucho el extenso razonamiento del autor citado, se podría decir que por un lado existe una posición voluntarista, que es de inspiración iusnaturalista, y, por otra, una posición formalista, que es de derivación kelseniana. O dicho en otros términos: hay una concepción normativa y otra antinormativa. También de otro modo, se podría llamar a la concepción antinormativa, valorista e imperativista a la normativa. Y así frente a quienes consideran el Derecho como norma o mandato sancionador se encuentran quienes encuentran en él un juicio hipotético, de contenido no estrictamente imperativo, que lo que hace es viabilizar una determinada valoración. Me parece obvio que la mayor parte de quienes han tratado de delimitar el concepto y de quienes lo aplican se encuentren más cerca del modelo valorista que de cualquier otro. Se encuen-

tran, por supuesto, en esta línea los sostenedores del llamado «reproche culpabilístico» y los que tratan de dotar a la noción de culpa de un fundamento ético o quienes hablan como J. Santos Briz de una concepción social de la culpa o de la culpa como «conducta socialmente desaprobada y reprochable» *(vid.* «Comentario del artículo 1902», en el *Comentario del Código civil,* de M. Albaladejo). A mi juicio, el argumento más fuerte frente a este tipo de posiciones doctrinales es que constituyen una renuncia a dibujar el modelo de cuya desviación estamos tratando, que sólo resulta conocido *a posteriori* tras el debate dialéctico entre juicio de desvalor y juicio de valor o, dicho de otro modo, sólo a partir de un juicio de desvalor se puede llegar a conocer lo que el modelo debió de haber sido. Me parece claro también que una concepción que no sea normativa introduce en cualquier debate sobre la materia una inmensa dosis de inseguridad. Todo ello aconseja, en mi opinión, la adopción de la denominada posición normativa o normativista.

## 6. LA EXISTENCIA DE UNA SITUACIÓN DE DEBER: *LA DUTY SITUATION* COMO PREMISA DEL ENJUICIAMIENTO DE LA CULPA

Si se adopta, como hemos hecho en las líneas anteriores, una posición normativista, al tratar de averiguar si se ha incurrido en culpa es preciso antes de nada decidir si el presunto culpable se encontraba en una situación que generara para él deberes respecto del perjudicado. Es ésta una cuestión en la que, probablemente por considerarla obvia, no se hace con frecuencia hincapié en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, aunque se pueden rastrear en ella casos y sentencias en que el punto relativo a las obligaciones existentes entre las partes aparece. Así, en la STS de 1 de febrero de 2001 se discutía la posible responsabilidad del arquitecto director de una obra por el fallecimiento de un operario del contratista que se había caído desde un andamio que estaba falto de redes protectoras. La sentencia dice categóricamente que el arquitecto superior, director de la obra, no tiene como función, ni es obligación suya, controlar las medidas de seguridad del trabajo, pues ésta es obligación inserta en la relación laboral entre empresa contratista y trabajador y no atañe al arquitecto que interviene en la obra como profesional. Y, añadimos nosotros, normalmente al servicio del *dominus operis.* La sentencia citada dice que reitera doctrina que se encontraba ya en las anteriores sentencias de 22 de noviembre de 1971 y 27 de noviembre de 1993. Sin embargo lo cierto es que en la primera de

las dos referidas sentencias, la de 1971, el arquitecto había sido condenado por el Tribunal *a quo* (y se desestimó el recurso de casación) por los daños producidos en un edificio colindante. La sentencia de 1971 dice que la diligencia del arquitecto director de las obras no es la de un hombre cuidadoso, sino la obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía, técnica y profesional que implica su intervención que incluye, entre sus deberes, el conocimiento de las peculiares condiciones del terreno y el cálculo de las cargas. En el caso concreto, además, la responsabilidad se le impone precisamente porque fueron estas dos razones las que provocaron alteraciones dañosas en los edificios colindantes.

En la STS de 27 de noviembre de 1993, donde se había producido la rotura de un andamio, la responsabilidad se impuso al contratista y a los arquitectos técnicos. En la sentencia se dice, en efecto, que no entraba dentro de las específicas funciones del arquitecto superior (que se concretan en la realización del proyecto y ejecución de la obra) la de comprobar el concreto cumplimiento por el contratista o sus encargados de las medidas de seguridad reglamentarias. Esta sentencia de 27 de noviembre de 1993 estimó el recurso del arquitecto y casó, en lo relativo a su responsabilidad, la sentencia recurrida. Confirma esta sentencia la idea de que es legítimo hablar de deberes de diligencia y de que hay que preguntarse en cada caso si existían o no y sobre qué persona pesaban. Por ejemplo sí el contratista o el arquitecto técnico, pero no el arquitecto director.

La necesidad de que exista una situación de deber para que la acción de indemnización de daños pueda prosperar ha sido vigorosamente afirmada por el Derecho inglés. En palabras de Lord Wright («Grant v. Australian Knitting Mills Ltd.», 1936) es esencial en el Derecho inglés que se establezca el deber: el mero hecho que un hombre sea lesionado por el acto de otro no da, por sí mismo, acción; aunque el acto sea deliberado, la parte lesionada no tendrá acción por la lesión intencional, mientras la otra parte se encuentre ejerciendo un derecho; y si el acto supone una falta de cuidado, tampoco podrá prosperar la acción salvo que exista el deber de ser cuidadoso. Se suele señalar, además, que la situación de deber tiene que producirse en relación al tipo de personal a que pertenezca el demandante y el demandado y al tipo de daño respecto del cual el demandante pretenda la indemnización. En este sentido hay que recordar también la afirmación de Lord Atkins: una situación de deber solamente existe cuando el tipo de daño, la producción del mismo por falta de cuidado y los tipos de personas a las que y por las que se produce se encuentran reconocidos por la ley.

Es cierto que la definición de una situación de deber se encuentra muy estrechamente relacionada con la delimitación de los daños indemnizables. El Derecho inglés ha tenido una especial reluctancia a admitir la indemnización de las llamadas pérdidas puramente pecuniarias. Así en «Cattle v. Stockton Waterworks, Co.» los demandados habían colocado una tubería bajo una carretera. La tubería era defectuosa y el agua que se filtraba saturó un terraplén. El demandante tuvo que hacer un trabajo en el mencionado terraplén y en la carretera y la liberación del agua le impidió cumplir el contrato a tiempo lo que le produjo determinadas pérdidas. El tribunal lamentó tener que rechazar su acción y puntualizó que, si estimaba la demanda, tendría que hacer lo mismo con todos los trabajadores que perdieran dinero por retrasos. En «Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute» los actores eran unos empresarios ganaderos que solían acudir a unas periódicas subastas de ganados y reclamaban al demandado la pérdida de seis días de negocio por la clausura de los mercados ocasionada por el brote de una enfermedad producida a su vez por el escape de un virus con el que la empresa demandada estaba experimentando. Los demandados suscitaron como cuestión preliminar que, aunque admitieran el escape del virus, la negligencia y la previsibilidad de la pérdida de los demandantes, no existiría un daño del tipo que la ley remedie a través de esta clase de acciones.

La cuestión reaparece todavía en «White v. Johnes (1995)» en que las hijas de una persona fallecida pedían responsabilidad a un abogado que, no obstante tener al efecto un encargo expreso, había dejado pasar seis semanas sin redactar un nuevo testamento que las beneficiaba, falleciendo entretanto el causante. Aunque en este caso el tribunal acogió la demanda partiendo de la idea de que existía una laguna legal, volvió a declarar que no hay acción por las pérdidas puramente financieras y que es precisa la existencia de un deber, que en un caso como aquél sólo podía reconocerse del abogado respecto de su cliente.

Para establecer, en líneas generales, la existencia de la situación de deber y sus perfiles, es muy importante averiguar primero si la producción del daño es imputable a una acción positiva o a una omisión. Por volver al Derecho inglés, en él se suele afirmar que no hay una responsabilidad general por omisiones o, como dijo Lord Goff en el anteriormente citado caso «White v. Johnes», es un principio general que no hay responsabilidad general por negligencia a causa de las omisiones salvo que el demandado se encuentre bajo un deber preexistente. En nuestra opinión, la solución es la misma en el Derecho español, en el que este punto ha sido dejado en claro por el Código Penal de 1996. Sólo hay responsabilidad que sea con-

secuencia de una omisión imprudente cuando el que adopta ese comportamiento omisivo se encuentra en una previa situación de garante que puede ser, por supuesto, legal o negocial.

La cosa es distinta por lo que se refiere a los daños causados por los actos positivos. En términos generales puede y debe admitirse que existe un deber general de respeto de los bienes y derechos de la personalidad ajenos o de los derechos patrimoniales de carácter real, de manera que cada uno debe razonablemente contemplar el conjunto de personas que pueden quedar afectadas por sus actos. Si existe un deber de respeto respecto de las situaciones, que, en líneas generales pueden llamarse de derechos relativos o derechos de crédito es tema que pertenece a la definición del daño resarcible.

## 7. EL PROBLEMA DE LA ENTIDAD O GRAVEDAD DE LA CULPA: LA LLAMADA CULPA LEVÍSIMA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Supuesto que culpa no es un concepto monolítico, sino que resulta graduable, según su mayor o menor gravedad, la cuestión radica en determinar si el criterio que se utiliza, o se debe utilizar, en la responsabilidad civil extracontractual, es el estándar unitario, homogéneo y abstracto del hombre medio, de manera que, sólo la inobservancia de la diligencia media genera responsabilidad o si, por el contrario, cualquier tipo de culpa, incluso la llamada culpa levísima, sirve de fundamento a la responsabilidad civil. El problema ha sido replanteado, recientemente, por Manuel Albaladejo *(La Responsabilidad Civil Extracontractual levísima,* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 2000), que ha defendido la tesis últimamente citada: quien causa a alguien culpablemente un daño extracontractual es responsable y debe indemnizarlo aunque su culpa hubiese sido levísima. En el trabajo de Albaladejo hay, sin embargo, más un acarreo de materiales y un resumen de opiniones de autores, algo así como un censo o un referéndum con cita de algunas sentencias del Tribunal Supremo, que un afinado examen de argumentos. No obstante ello, debo decir inmediatamente que no cabe la menor duda en punto a que la llamada responsabilidad por culpa levísima posee una extensa tradición en el Derecho europeo occidental. Es, desde luego, la idea que parece haber dominado en la doctrina francesa. Así, Baudry-Lacantinerie y L. Barde *(Traité Théorique et Pratique du Droit Civil,* volúmen 13, p. 1.096) decían que en materia de delitos o de cuasi delitos, para que la falta sea tomada en consideración, no es necesario que se alcance un cierto

grado de gravedad. Se deduce así del artículo 1383 cuyo texto equivale a decir que la falta más ligera basta para que se incurra en la responsabilidad prevista por el artículo 1382. *In lege Aquilia et culpa levissima venit* este mismo era el principio de Domat (1.ª parte, libro II, título VIII, sección IV, núm. 1): «Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debe saber u otras faltas parecidas, *por ligeras que puedan ser,* deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra falta dio lugar a ellas». El legislador escribió la disposición del artículo 1383 para consagrar este mismo principio. Bertrand de Grenouille, en su discurso al Tribunado y el tribuno Tarrible en su discurso ante el Cuerpo Legislativo reprodujeron la doctrina de Domat. El primero se expresó así: «Cabría preguntarse si esta consecuencia no es demasiado exagerada y si no hay algo de injusticia en castigar a un hombre por una acción que participa únicamente de la debilidad o de la desgracia y a la cual su corazón y su intención eran absolutamente ajenos. La respuesta a esta objeción se encuentra en este gran principio de orden público: la ley no puede colocar en la misma balanza al que se equivoca y al que sufre. Donde quiera que se apercibe de que un ciudadano ha experimentado una pérdida, examina si al autor le fue posible no causarla; y si encuentra en él ligereza o imprudencia, debe condenarle a la reparación del mal que ha hecho». Así, en nuestra materia, no hay razón para establecer una clasificación de las culpas ya que la menor de ellas engendra la responsabilidad.

La misma opinión aparece sostenida en la antigua doctrina italiana por Giorgi *(Teoría de las obligaciones,* traducción española, Madrid, 1929, p. 232). Según Giorgi, los comentaristas, partiendo del conocido pasaje de Ulpiano afirmaron que fuera del contrato, la responsabilidad se extiende también a la culpa levísima (cita Noodt, *De lege Aquilia y Castellari, Della lex Aquilia,* Arch. Giur XXII, 330) y la sentencia de la Casación de Roma de 21 de noviembre de 1903, recogida en Foro italiano 1903, 1, 1381). En este orden de ideas, la mayor o menor gravedad de la culpa y, especialmente, la diferencia entre dolo y culpa pudo influir en el *quantum* de la indemnización, pero nunca eximir del resarcimiento. Así se deduce de los artículos 1382 y 1383 franceses y 1151 y 1152 italianos. En ellos, no solamente no se alude a la diligencia de un buen padre de familia, sino que ni aún se hace distinción entre culpa grave, culpa leve y culpa levísima. Por eso, los escritores y los jueces han opinado unánimemente hasta hoy que en la materia extracontractual toda culpa, cualquiera que sea su gravedad es suficiente para sujetar a responsabilidad civil. Poquísimos autores recientes han suscitado la duda de si la culpa

levísima es utilizable en este punto o si puede establecerse como límite de responsabilidad la diligencia de un buen padre de familia. Se discute, especialmente, si es posible introducir en los artículos 1151 y 1152 un límite que en ellos no está escrito, y se apunta que la disputa resulta académica ya que no se encuentra establecido con criterio científico lo que es una culpa levísima o la diligencia del buen padre de familia. Y –añade– cuando se ha dicho que todo el mundo en sus relaciones con sus semejantes, no derivadas de contrato está obligado a conducirse con la buena fe y la prudencia requeridas en una persona de bien y según sus condiciones morales, para no ofender a los demás, en teoría se ha dicho todo.

Frente a esa línea, en el Derecho anglosajón parece haberse admitido siempre la idea del *reasonable man* o, lo que es lo mismo, la determinación de la culpa por diligencia media.

La cuestión es muy difícilmente resoluble desde el punto de vista de una interpretación puramente textual de las normas legales, aunque hay datos, en los textos, a favor de la diligencia media. Así, es claro que, para los casos en él comprendidos, el artículo 1903 dice que «la responsabilidad que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon *toda la diligencia de un buen padre de familia* para prevenir el daño». Puede entenderse el precepto como una inversión de la carga de la prueba respecto de la diligencia *in vigilando* sobre «aquellas personas de quien se debe responder». Si así fuera, hay que entender que el parámetro de diligencia de un buen padre de familia tiene un alcance general. Es cierto, no obstante, que es posible entender que los artículos 1902 y 1903 cubren hipótesis diversas, el 1902 para la culpa por actos u omisiones propios y el 1903 para los actos u omisiones de las personas de quienes se debe responder, aunque es difícil explicar por qué para uno u otro grupo de casos se emplean diferentes estándares de diligencia. Desde el punto de vista de la interpretación jurídica, creemos que no puede darse especial valor o relieve al artículo 1089 CC, que, después de decir que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos u omisiones ilícitos, añade alguno en que «intervenga *cualquier género* de culpa o negligencia». Literalmente, no se refiere al grado de la culpa, sino al género de ésta (p. ej.: culpa en hecho propio, en hecho ajeno, *in vigilando,* etc.). Sea de ello lo que fuere, no es creíble que el artículo 1089, cuya función real es la de realizar una enumeración de las fuentes de las obligaciones, posea un especial valor normativo sobre la graduación de la culpa, más aún todavía si no se olvida que, en la materia extracontractual, el artículo 1093 se limita a efectuar una simple remisión.

Desde un punto de vista interpretativo un ulterior problema surge en punto a la posibilidad de trasladar la norma del párrafo segundo del artículo 1104 –diligencia de un buen padre de familia– indiscutible en materia de responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual. Hay que decir que la jurisprudencia no ha tenido empacho alguno en aplicar indiscriminadamente los preceptos generales de los artículos 1101 y siguientes en uno y otro campo, pero el probable punto merece ser examinado con un mayor vigor.

Situados en este punto los argumentos interpretativos podrían ser dos. Según el primero, es legítimo pensar que el legislador, al emplear los términos de culpa y negligencia en el artículo 1902 CC les quiso atribuir el mismo alcance que ya les había dado en el campo contractual, porque, en otro caso, hubiera debido decirlo. La conclusión es que no hay responsabilidad por culpa inferior a la ordinaria. El segundo argumento puede aproximarse al de la analogía, de manera que la expresión culpa del artículo 1902 se interpreta, por analogía en mismo sentido que la palabra tiene en la esfera contractual. Sin embargo, hay que reconocer que ninguno de los dos argumentos posee una fuerza decisiva: porque es ilusorio hablar de una voluntad del legislador, que se supone; y frente a la pretendida argumentación analógica se puede siempre decir que las dos situaciones contractual y extracontractual son diferentes y que no hay identidad de razón para decidir en uno y en otro lo mismo. Por eso, en este punto tiene razón Albaladejo *(op. cit.,* p. 45) cuando dice que sólo hay un precepto específico que obliga a la diligencia media en las obligaciones contractuales y una falta de precepto específico para la diligencia exigible en las extracontractuales.

Los argumentos tienen que tratar de buscar otros caminos, que pueden ser estos:

*a)* Se ha señalado alguna vez la relación existente entre el problema de la culpa levísima y la de la responsabilidad sin culpa o por riesgo, aunque sólo sea por el hecho de que uno y otro supuesto se aproximan extraordinariamente. Si hay algunos casos en que el ordenamiento prescinde de la culpa para establecer la responsabilidad, puede ser lógico entender que en los demás casos se contente con una culpa mínima. Sin embargo, frente a ello se debe objetar que responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo son dos institutos diversos, fundados en principios heterogéneos, partiendo de los cuales no es posible, ni legítimo llegar a ningún tipo de integración.

*b)* El segundo argumento se sitúa alrededor de la idea sobre el fundamento o la razón de que haya que exigirse mayor prudencia en la esfera extracontractual que en la contractual. De Cupis *(Il*

*Danno. Teoría Generale della responsabilità civile»*, Milano, 1954), que se hace eco de esta cuestión preguntándose la razón por la cual hay que considerar con mayor severidad la lesión de un derecho relativo, recuerda algunas palabras de Carnelutti, de Paladini y de Orlando Cascio. El primero decía: «No sé por qué la diligencia con que cada uno debe vigilar para no invadir la esfera ajena, debe ser diversa cuando se trata de respetar un derecho personal o uno real, un derecho relativo o uno absoluto». Y en otro lugar añadía: «Que se me demuestre por qué un derecho real ha de ser más cuidadosamente respetado que un derecho obligatorio». El segundo de los autores decía: «No se comprende que se pueda pensar que el propietario de una casa esté obligado a reparaciones más diligentes a fin de que no se arruine causando daños a las personas y cosas de los extraños que a la persona y a las cosas del inquilino». Y en la misma línea, el tercero de los autores citados decía: «No comprenderé que una compañía de transportes deba usar una atención mayor con un viajero clandestino carente de billete y una menor frente a aquellos que lo han adquirido regularmente y frente a los cuales se encuentra específicamente obligado».

Hay, todavía, otro argumento, cuya fuerza es, si cabe mayor. En la responsabilidad contractual existe violación de un compromiso especialmente asumido y no se ve la razón por la cual la diligencia a utilizar cuando alguien se ha comprometido haya de ser menor que la que deba utilizar frente a personas con las cuales no se tiene compromiso alguno. Naturalmente estos argumentos no pueden escapar a la atención de M. Albaladejo *(op. cit.,* p. 44), quien se limita a decir que, como quiera que quien causa el daño en la responsabilidad extracontractual «es alguien sin relación previa con el que la sufre», «por la falta de conexión anterior entre ambos no cabe calcular o pronosticar su posible falta de diligencia, ni haberse precavido contra ello, pactando incluso la responsabilidad por culpa levísima». Pero el argumento es endeble, y lo es por varios tipos de razones. Ante todo, no cabe olvidar que las normas legales, aunque sean dispositivas o supletorias, establecen los modelos de conducta que el legislador estima más justos o políticamente más oportunos. Por otra parte, no se explica bien cómo la idea que funda el argumento se aplica en aquellos casos en que se puede producir la coexistencia de ambos tipos de responsabilidad. Finalmente, elevar a categoría de principio la culpa levísima sobre la base de que no ha existido posibilidad de precaverse pactando otra cosa es argumento que se produce dentro de una notoria petición de principio.

*c)* No puede olvidarse que la diligencia que exonera de responsabilidad es, necesariamente, el modelo que el legislador pro-

pone. Además, para todos los que creen en la eficacia o función preventiva de las normas de responsabilidad civil extracontractual, tiene que ser, lógicamente, el modelo que el legislador trata de fomentar, porque considera que es el mejor para tratar de evitar los accidentes y, al mismo tiempo, para paliar los costos de éstos. Desde este punto de vista hay que decir enseguida que no tiene ningún sentido que el modelo que se proponga sea el que alguna vez se ha llamado el modelo del «hombre perfecto» o, como decía De Cupis, el modelo del hombre extraordinariamente meticuloso; porque, en efecto, si se parte de que hay responsabilidad por culpa levísima, el modelo de diligencia es el del hombre perfecto o sumamente meticuloso, como es lógico.

La culpa es levísima cuando sólo personas extraordinariamente cuidadosas adoptan normalmente el tipo de precauciones de que se trata. Hay que coincidir, necesariamente, en que no se explica bien el sentido que tiene proponer como modelo algo que sólo contadas personas hacen y, que por ello, tiene que ser estadísticamente muy reducido. Con un modelo semejante, además, no puede cumplirse la función de prevención e, incluso, puede decirse que se desincentiva por completo el modelo de la diligencia media pues si con ella nadie se exonera de responsabilidad, por qué se va a exigir lo máximo, lo más probable es que no se adopte ninguno.

*d)* Hay un último argumento de M. Albaladejo que conviene examinar. No hay razón –dice este autor– «para que nadie soporte un daño que no sea culpa suya, sino de otro aunque sea culpa levísima de éste». Más las cosas tienen varias lecturas como se dice ahora. Ante todo, se puede pensar que los daños los soporta el que los sufre salvo que exista alguna suficiente razón para trasladarlos a otro. Desde esta perspectiva lo que hay que buscar no es la razón para soportarlos, sino, a la inversa, la razón para trasladarlos. A ello se puede añadir, como ha sido observado por muchos estudiosos, que el ordenamiento no busca proteger a las personas frente a todos los riesgos que la vida social les pueda ocasionar. Hay, se ha dicho siempre, un margen de riesgo tolerado que es necesario para la vida social misma. Y hay, para todos los mortales que andan por el mundo, un riesgo generado por el hecho mismo de vivir, lo que se ha llamado por esto, «riesgo general de la vida». Estas sencillas observaciones, deshacen un argumento fundado más en consideraciones de justicia intuitiva o, si se prefiere, mucho más semejante a las optimistas razones de los iusnaturalistas clásicos que a las razones que surgen del análisis estricto del Derecho positivo y del análisis económico del Derecho.

**UNIDAD III: CRITERIOS DE IMPUTACION**

**2) LA REEDIFICACION CONCEPTUAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL OBJETIVA. Gastón Fernandez Cruz. Leysser L. León.**

**Pontificia Universidad Catolica del Peru**

**From the SelectedWorks of Leysser L. León**

December, 2005

# La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva

Gastón Fernández Cruz
Leysser L. León

Available at: http://works.bepress.com/leysser_leon/4/

SELECTEDWORKS™

# ARTÍCULOS
## Tema Central:
## El Derecho Civil en el Perú. Visión de la doctrina nacional y extranjera luego de 20 años de vigencia del Código Civil de 1984

# La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva

Gastón Fernández Cruz*
Leysser León Hilario**

## 1. Premisa

En la doctrina germana se ha advertido, ya desde la segunda mitad del siglo XIX, la progresiva formación de un sistema dualístico en el derecho de obligaciones (*duales Schuldrecht*), es decir, la existencia de «distintos cuerpos de reglas [el Código Civil y la legislación especial] que regulan, sobre la base de presupuestos que a veces dan la impresión de ser inconciliables, especies diversas de un mismo género de comportamientos».[1]

Sería, además, «contrario a un fundamental principio de interpretación admitir que una misma situación haya sido regulada por el legislador de modo contradictorio».[2]

Que el criterio de imputación de la responsabilidad aquiliana pueda ser el dolo o la culpa, por un lado, y el riesgo o exposición al peligro, por otro,

---

* *Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y posgrado en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el área de magister en Derecho, con mención en Derecho Civil. Profesor principal de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor ordinario de la Universidad de Lima. Enseña la materia de Derecho Civil.*

*Socio principal del estudio Fernández, Portocarrero; Carpio & Torres Abogados.*

** *Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde el 2001. Profesor honorario de la Universidad Privada de Chiclayo (2004).*

1 SOMMA, Alessandro. *«Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra codice civile e legislazione speciale: l'esercizio di attività pericolose nel diritto tedesco». En Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XCIII, *1995, parte I, p. 278, Milán, quien remite, especialmente, al ensayo de* VON GIERKE, *Otto (1841-1921). Die soziale Aufgabe des Privatrechts («La tarea social del derecho privado»). Berlín: Springer, 1889, pp. 12 et passim.*

2 VENDITTI, *Arnaldo. «Sull'esercizio di attività pericolose». Giustizia civile, 1957, parte I, p. 744.*

no ya en el texto codificado y en otras leyes, respectivamente, sino de manera simultánea en el Código Civil, parece ser la plasmación entre nosotros, y a gran escala, de aquel dualismo.

Esto se debe a que, en los ordenamientos jurídicos ligados por herencia o por imitación a la tradición romano-germánica y que han hecho propia la cultura de la codificación civil, lo común ha sido que la regla legal fundamental de responsabilidad extracontractual se asiente en la culpabilidad del causante del daño; y ello, como ya se ha indicado en el comentario al artículo 1969 del Código Civil, ha obedecido al modelo circulante de los inicios de la industrialización. Por esto, refiriéndose a esta época, se ha escrito, sin incurrir en exageraciones, que «la identificación histórica entre codificación y responsabilidad subjetiva ni siquiera tiene necesidad de ser demostrada».[3]

Lo usual, entonces, ha sido que los supuestos de responsabilidad extracontractual fuera de toda imputabilidad subjetiva, o «sin culpa», reconocibles en aquellas disposiciones en las que la responsabilidad civil es «canalizada» hacia alguien legalmente predeterminado[4] muestren un aparente carácter subsidiario y sean regulados por leyes especiales. Es desacostumbrada su presencia en los códigos civiles menos recientes.

Este común modo de proceder, que no ha sido el observado por nuestros codificadores de 1984, tiene, desde luego, una explicación de carácter histórico que, por no haberse escenificado en el Perú, debe hacerse de público conocimiento, lo que en parte se ha realizado ya en el Comentario al artículo 1969 del Código Civil, poniendo el acento en el criterio de imputación «culpa».

En la misma medida, es importante ilustrar, aunque sea a grandes rasgos, la consiguiente y contemporánea evolución de los ordenamientos jurídicos de Europa y de Estados Unidos, del derecho cifrado en códigos civiles y del derecho de formación jurisprudencial, caracterizada, en ambos casos, por el declive de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad civil.

---

[3] *CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XXVII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 1 (de la separata).*

[4] *COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Il Foro italiano, 1985, parte I, cols. 2649-2657.*

## 2. Perfiles histórico-comparatísticos sobre el artículo 1970 del Código Civil peruano. Su asociación con la corriente expansiva de la responsabilidad objetiva y su encuadramiento frente a las distintas técnicas legislativas: legislación por códigos, regulación por leyes especiales, proyectos de tipo académico

Los problemas prácticos y de gran relevancia social que determinan la explosión de la llamada responsabilidad civil «objetiva» son, en su mayoría, posteriores o inmediatamente sucesivos al movimiento codificador desarrollado mundialmente durante el siglo XIX.

Al respecto, se suele sindicar a la segunda revolución industrial como el factor directo de la aparición y proliferación de nuevos daños, principalmente los sufridos por los trabajadores en el desempeño de sus labores que configuran los denominados «accidentes de trabajo», en una época en la que el sistema del seguro social todavía se encontraba en vía de implementación, daños que muchas veces, luego de ser atribuidos a la mala fortuna, quedaban sin ser resarcidos, y frente a los cuales la reacción jurídica, de la jurisprudencia y de la doctrina, plasmada en la superación de la visión de la culpa como presupuesto para la imputación del daño, no tardó en hacerse esperar.[5]

Se refiere, entonces, que el clásico principio en virtud del cual «no hay responsabilidad sin culpa» se adaptaba perfectamente a las exigencias de una sociedad como la del siglo XVIII, de intercambios económicos relativamente

---

[5] *Las referencias son de* VALSECCHI, Emilio. *«Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, año* XLV, *1947, parte* I, *p. 158;* TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1961, pp. 12-13;* COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Nápoles: Morano Editore, 1965, p. 18;* TUCCI, Giuseppe. *«La responsabilità civile - Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En Michel Spinelli (dir.). Responsabilità civile - Corso di diritto civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell Università di Bari. Vol.* I. *Bari: Editrice Adriatica, s.f. [pero de 1974], p. 14 (nota 10);* SCHWARTZ, Gary T. *«Tort law and the economy in nineteenth-century America: A reinterpretation» (1981). En Saul Levmore (ed.). Foundations of tort Law. Londres, Nueva York: Oxford University Press, 1994, p. 81 y ss.;* LANDES, William L. y Richard POSNER. *The economic structure of tort law. Cambridge (Massachusetts). Londres: Harvard University Press, 1987, p. 308 y ss.;* VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité. 2.ª ed. En Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente (L. G. D. J.), 1995, p. 83;* ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem gebiete des Privatrechts (3.ª ed., 1996). Traducción inglesa de Tony Weir. Introduction to comparative law. 3.ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 648;* GRYNBAUM, Luc. *«Responsabilité du fait des choses inanimées». En Encyclopèdie Dalloz, Répertoire de droit civil. T.* IX. *París: Dalloz, 2004, p. 7 (de la separata); entre otros.*

modestos y carente de un despliegue técnico apreciable,[6] en el que las principales fuentes de peligro continuaban siendo representadas por los animales o por los objetos caídos de las casas. En una sociedad no industrializada, en la que los hombres convivían con los animales, los mayores riesgos, aun los citadinos, estaban representados por el no ser mordido por un cerdo del corral de un vecino o no ser arrollado por una carroza jalada por caballos. El criterio jurídico de imputación por culpa era, ciertamente, el «adecuado para regular el problema de la responsabilidad civil de las escasas hipótesis de daño de sociedades no industrializadas ni mecanizadas: además, la regla jurídica se confundía con la regla moral que indicaba la conveniencia de basar la responsabilidad en una evaluación del comportamiento subjetivo del agente».

En cambio, con la revolución industrial,

> con el nacimiento de nuevas y poderosas fuentes de peligro (piénsese en el vapor, la energía eléctrica, la energía atómica, los descubrimientos de la química, el empleo a gran escala de sustancias inflamables, explosivas, contaminantes, etc.), con el uso de máquinas complejas y riesgosas, se multiplican con extraordinaria rapidez los accidentes y los daños, que se presentan, no ya como efecto de una «culpa humana» sino como la consecuencia, a menudo inevitable, de las nuevas técnicas introducidas en el sistema industrial.[7]

De tal forma,

> los ecos de la idea que ponía en el centro de la oleada codificadora de inicios del siglo XIX al sujeto de derecho, señor absoluto de su propio destino, en tanto y en cuanto patrón de su propia ciencia y voluntad, se atenúan gradualmente, y con ellos, por reflejo, la derivada idea de que sólo el criterio de la culpa es congruente para evaluar su responsabilidad en el plano jurídico, en términos análogos a la responsabilidad moral.[8]

Curiosamente, sin embargo, el sistema de responsabilidad de las legislaciones más remotas pareciera haber sido de carácter «objetivo». Tan es así que, en un primer momento, habría sido la responsabilidad subjetiva, más bien, la que representó «un progreso inmenso, una victoria definitiva del pensamiento y

---

6 *Rodotà, Stefano. Il problema della responsabilità civile. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1964, p. 20.*

7 *Comporti, Marco. «Responsabilità per esercizio di attività pericolose». En Fondamento e funzione della responsabilità civile. Actas del seminario dirigido por Vincenzo Buonocore y Ugo Majello. Nápoles: Cooperativa Editrice Economia e Commercio, 1975, pp. 73-74.*

8 *Castronovo, Carlo. La nuova responsabilità civile. 2.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 34.*

de la justicia sobre el materialismo y la brutalidad de épocas pretéritas».[9] Más de un autor llega a considerar innegable que, en su momento, la culpa representó «una mayor garantía para el ciudadano y, por lo tanto, uno de los tantos pasajes hacia la afirmación del estado de derecho».[10]

A ello han respondido otros que «la referencia a la culpa, como presupuesto indefectible y elemento esencial de la responsabilidad constituye más bien un mito, e igual de prejuiciosas son las razones de orden moralista o lógico que se aducen en su sostén, como las sugestiones de la experiencia histórica»;[11] que son «fruto de una manifiesta falsificación de la experiencia histórica, según un ideal apriorísticamente asumido, la afirmación de que el progreso del derecho se desarrolla siguiendo la línea obligada de la relevancia de la culpa»;[12] que la crisis de la culpa

> como único y exclusivo criterio de imputación de las *fattispecie* de responsabilidad no es un síntoma de regresión del ordenamiento a regímenes normativos superados; ella constituye, más bien, la prueba evidente de la evolución del pensamiento jurídico, en simultáneo con la transformación de los intereses económico-sociales que se ha vuelto necesario proteger;[13]

y, en fin, que la atenuación del elemento de la diligencia «no se ha debido, primariamente, al régimen de la responsabilidad civil, sino a la difusión de los seguros, que nadie […] propondría abolir».[14]

Y hoy existe hasta un sector del análisis económico del derecho, hace algún tiempo afirmado en nuestro medio, que llega a predicar que la responsabilidad por culpa constituye una fuente de externalidades negativas o, peor aún, que se verifica una verdadera «irracionalidad del sistema, porque no permite internalizar de manera íntegra los costos ligados con determinadas actividades».[15] La responsabilidad objetiva sería más eficiente

---

9 *Josserand, Louis. Della responsabilité du fait des choses inanimées. París: Arthur Rousseau éditeur, 1897, p. 128.*

10 *Forchielli, Paolo. «Responsabilità oggettiva I) Disciplina privatistica». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. xxvii. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 2 (de la separata).*

11 *Scognamiglio, Renato. «Responsabilità civile». En Scritti giuridici. Vol. i: «Scritti di diritto civile». Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1996, p. 325.*

12 *Ib., p. 326.*

13 *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 10-11.*

14 *Trimarchi, Pietro. «Relazione di sintesi». En «Actas del seminario "Il ruolo della colpa nell□attuale sistema della responsabilità civile"», publicadas en Responsabilità civile e previdenza, vol. xlii, 1977, p. 766.*

15 *La referencia es de Gallo, Paolo. Introduzione al diritto comparato. Vol. iii: «Analisi economica del diritto». Turín: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 82.*

que la responsabilidad «por culpa», entonces, atendiendo a que propicia un correcto análisis costo-beneficio por parte del agente de los daños y una consiguiente reducción de las actividades a su nivel óptimo.[16]

Empero, lo «superficial» de la creencia de que la responsabilidad objetiva induciría, de por sí, a los causantes de daños potenciales a ser más cuidadosos, en comparación con lo que ocurriría bajo un régimen basado en la culpabIlidad (*negligence standard*), ha sido puesta en evidencia, rotundamente, al interior del propio movimiento de *law and economics*.[17]

Con todo, y como señalábamos en el punto 1 de este comentario, el Código Civil peruano se ha apartado del camino ordinario descrito y ha consagrado, inmediatamente después de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual por culpa, una cláusula de responsabilidad en la que la culpabilidad, así de simple, no aparece, una cláusula que es aplicable a los daños cometidos por la realización de actividades riesgosas o peligrosas o —incoherentemente, como veremos— por medio de bienes riesgosos o peligrosos.

En nuestro ordenamiento jurídico no faltan, sin embargo, remisiones de la legislación especial a la cláusula normativa general de responsabilidad «objetiva».

La Ley General de Residuos Sólidos (ley 27314), por ejemplo, establece en su artículo 23, subtitulado «responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños», primer párrafo, que «el que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos está obligado a repararlo, de conformidad con el artículo 1970º del Código Civil».

En la misma disposición, sin embargo, se señala que el «generador» de los residuos sólidos «será considerado responsable», en cambio, «cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño. Esta responsabilidad se extiende durante la operación de todo el sistema de manejo de los residuos sólidos peligrosos hasta por un plazo de veinte años, contados a partir de la disposición final».

Esta última disposición, entonces, reserva todavía un espacio a la responsabilidad por culpa en campo tan actual, trascendente y problemático como la generación (producción) de residuos sólidos, definidos como «aquellas sustancias, productos o subproductos en estado sólido o semisólido de los que su generador dispone, o está obligado a disponer, en virtud de lo

---

[16] *Ib., p. 83.*

[17] *LANDES, William L. y Richard POSNER. Op. cit., p. 64. BROWN, John Prather. «Economic theory of liability rules». En Peter Newman (ed.). The new Palgrave dictionary of economics and the law. Vol. II. Londres, Nueva York: MacMillan y Stockon Press, 1998, p. 19.*

establecido en la normatividad nacional o de los riesgos que causan a la salud y el ambiente» (art. 14, ley 27314). A la vez, se crea una relevante excepción a la prescripción ordinaria de la «acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual», que únicamente es de dos años (art. 1998 del Código Civil).

Es de destacar, por último, que la decisión adoptada en el Código Civil peruano de consagrar una cláusula general de responsabilidad objetiva hace eco de la doctrina, conocida o no, que tenía años sugiriendo la codificación de una regla de responsabilidad ajena a la culpa.

Puede recordarse, en tal sentido, que, a inicios del decenio 1980-1990, en el seno de una comisión ministerial donde se debatía la reforma del derecho de obligaciones alemán, se propuso, aunque infructuosamente, como solución a la dispersión legislativa reinante, la incorporación al *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de una cláusula normativa general de responsabilidad objetiva, relativa, ni más ni menos, al ejercicio de actividades peligrosas.[18]

Un proyecto similar figuraba en los trabajos preparatorios de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) de noviembre de 2001,[19] pero tuvo el mismo resultado negativo.

Por ello, en Alemania, aquel «*duales Schuldrecht*» del que hablábamos al inicio de este comentario debe ser hoy percibido y ubicado entre el Código Civil, que continúa anclado en el dolo y la culpa como criterios de imputación, y una vastísima gama de leyes especiales que regulan la responsabilidad por actividades consideradas peligrosas (por ejemplo: transporte ferroviario; conducción, transmisión o distribución de gas, vapores o líquidos; circulación de vehículos; circulación de aeronaves; empleo pacífico de la energía nuclear; actividad minera; producción de medicinas; circulación de productos defectuosos; etc.).[20]

No menos interesante es apreciar que en los *Principles of European Tort Law* (2005), elaborados por el European Group on Tort Law, que reúne a estudiosos de distintos países del viejo continente, la norma fundamental (*basic norm*) que se propone indica tanto la responsabilidad por culpa cuanto la responsabilidad por actividades peligrosas: «Art. 1:101. (1) Aquel a quien

---

[18] *La referencia es de* SOMMA, Alessandro. *«Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra codice civile e legislazione speciale». Op. cit., pp. 280, 292-293.*

[19] *La referencia es de* FEDKE, Jörg *y* Ulrich MAGNUS. *«German report». En Bernhard A. Koch y Helmut Koziol (eds.). Unification of tort law: Strict liability. A su vez en* EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW. *Principles of European tort law. Vol.* VI. *La Haya, Londres, Nueva York: Kluwer Law Internacional, 2002, p. 172.*

[20] *Según el elenco de* ZWEIGERT, Konrad *y Hein* KÖTZ. *Op. cit., p. 653 y ss.*

se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona (*a*) cuya conducta culposa lo haya causado; o (*b*) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (*c*) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones». Luego se precisa que «uno es responsable sobre la base de la culpa por la violación dolosa o negligente del estándar de conducta exigible» (art. 4: 101), mientras que «aquel que realiza una actividad anormalmente peligrosa responde *objetivamente* por el daño característico del riesgo que tal actividad conlleva y que resulta de ésta» (art. 5: 101-1). Y no se deja de señalar que «las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, aun cuando dichas actividades no sean anormalmente peligrosas» (art. 5: 102-1).

## 3. Precisiones conceptuales sobre la responsabilidad civil objetiva. Los aspectos probatorios de esta responsabilidad frente a la responsabilidad subjetiva

Para un vasto sector de la doctrina comparada actual, tan general cuanto errónea es la apriorística asimilación del artículo 1970 a la expresión «responsabilidad objetiva» o con lo que se cree, corrientemente, que es la responsabilidad civil objetiva.

Y si se tiene en cuenta que el empleo de la expresión indicada es «síntoma inequívoco de una profunda transformación que se vive en el sistema de la responsabilidad civil»,[21] parece ser incuestionable la necesidad de clarificar su significado.

Se dice así que por responsabilidad «objetiva» hay que entender, en principio, la pura responsabilidad «sin culpa» o, como prefiere señalar un autor, la «imputabilidad sin culpa».[22]

La responsabilidad «objetiva» sería, pues, una «fórmula descriptiva de una serie de hipótesis en las cuales la imputación no se funda (cuando menos directamente) en la culpabilidad del comportamiento dañoso»;[23] una «etiqueta» (sic) que agrupa un conjunto de supuestos en los cuales la responsabilidad «se funda en circunstancias objetivas, y no en un juicio que

---

[21] *Forchielli, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año xxi, 1967, p. 1378; Id. «Responsabilità oggettiva I) Disciplina privatistica». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Op. cit., p. 1.*

[22] *Barbero, Domenico. Sistema istituzionale del diritto privato italiano. 5.ª ed. T. ii. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1962, p. 809.*

[23] *Salvi, Cesare. «Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)». En Enciclopedia del Diritto. Vol. xxxix. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1988, p. 1221.*

implique un reproche, en términos de imputación a un sujeto de negligencia (culpa) o, peor aun, de la voluntad de causar daño (dolo).[24]

Respecto de la experiencia en los países del *common law* se requiere añadir una precisión: en ellos se utiliza la expresión «*strict liability*», pero esta abarca no solo la responsabilidad que se impone por la inobservancia de deberes de cuidado (*breach of duty to excercise reasonable care*) y, más en general, la responsabilidad sin culpa (*liability without fault*), sino también aquella que deriva del atentado contra intereses legalmente protegidos cuando no se cuenta con una justificación jurídica para hacerlo.[25]

Lo correcto, se dice entonces, sería identificar como «responsabilidad objetiva», básicamente, la situación en la que alguien, señalado por la ley y ante la verificación de un presupuesto normativo, tiene que responder, sin más, frente al damnificado.

«Objetiva», desde este punto de vista, sería, por ejemplo, la responsabilidad del empleador por el hecho del dependiente (art. 1978 de nuestro Código Civil), donde, como puede apreciarse, la imposición del deber de resarcimiento al patrón no obedece a ningún aspecto subjetivo, sino a las recíprocas posiciones de mando y subordinación del principal y de su trabajador.

El empleador, en efecto, no puede eximirse de responsabilidad con la prueba de estar libre de culpa, es decir, de haber utilizado la diligencia debida en la elección y supervisión de su dependiente[26] ni alegando, por ejemplo, el caso fortuito. En Francia, en aplicación del concepto de «garantía», se afirmará que esta *fattispecie* de responsabilidad se apoya en dos ideas, a saber: que el empleado o subordinado «no tendría los medios necesarios para resarcir a la víctima de manera satisfactoria, de manera que tiene necesidad de un garante»; y que el patrón, por tener la dirección, y por hacer propios los beneficios y riesgos de la empresa en ocasión de la cual se ha cometido el daño, se presenta como garante natural frente al damnificado,[27] lo cual puede ser extendido a la responsabilidad del propietario por el

---

[24] *Visintini, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Padua: Cedam, 1996, p. 647.*

[25] *Prosser, William L. y W. Page Keeton (eds). On the law of torts. 5.ª ed. St. Paul (Minn.): West Publishing Co., 1984, p. 534.*

[26] *Corsaro, Luigi. «Responsabilità civile I) Diritto civile». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. xxvi. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 21 (de la separata); Trimarchi, Pietro. Istituzioni di diritto privato. 9.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 151.*

[27] *savatier, René. «La responsabilità da delitto nel diritto francese en el progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni». Traducción italiana de Roberto Ago. Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi, vol. iv-v, 1930, parte I, p. 293; Carbonnier, Jean. Droit civil. T. iv: Les obligations. 11.ª ed. París: Presses Universitaires de France, 1982, p. 411.*

hecho de los animales y a la responsabilidad del propietario por la ruina del edificio, en donde, de un esquema pensado en presunciones (relativas o absolutas) de culpa, se evoluciona, por exigencias equitativas, al argumento de la necesidad de «garantizar el resarcimiento al damnificado, atribuyendo el daño a quien obtiene provechos de la actividad en el curso de la cual aquél se ha verificado».[28]

Solo que, tradicionalmente, la calificación de la responsabilidad civil como «subjetiva» u «objetiva» ha estado conceptualmente ligada con los aspectos probatorios.

Así, desde esta última perspectiva, que para algunos es la real generadora de confusión, se considera que sería «objetiva» aquella responsabilidad de la que el imputado puede librarse únicamente con la demostración, en sentido positivo, de que los daños han sido provocados por un «factor causal autónomo»: por una circunstancia inevitable o irresistible, el caso fortuito o fuerza mayor; por el hecho determinante de un tercero; o por el hecho de la propia víctima. «Subjetiva», en cambio, sería la responsabilidad que recae sobre alguien como puro correlato de la prueba de una conducta negligente o dolosa por su parte.

Bien vistas las cosas, la explicación anterior resulta insatisfactoria en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones, como insatisfactoria —prima facie— resultará la explicación si la problemática de diferenciación de estos dos tipos de responsabilidad pudiera reducirse al simple recurso de la inversión de la carga de la prueba. Y es que si la diferenciación entre responsabilidad subjetiva u objetiva « se redujera a una proclamada inversión de la carga de la prueba, no habría razón para entender por qué se debe abandonar el principio de la culpa, que, en lo sustancial, permanecería como único fundamento del deber de resarcimiento».[29]

De un lado, una tradicional y respetable corriente de opinión hace ver, en efecto, que la prueba del caso fortuito y circunstancias similares no es otra cosa que la demostración de la ausencia de culpabilidad: se echa mano, así, a la noción subjetivista del «caso fortuito»[30] o bien se establece, con terminología derivada del derecho de obligaciones francés, una automática sinonimia entre el «caso fortuito» y la «causa no imputable».[31]

---

[28] *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 12.*

[29] *SCOGNAMIGLIO, Renato. «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En Scritti giuridici. Vol. I: «Scritti di Diritto Civile». Padua: CEDAM, 1996, p. 410.*

[30] *FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1394; entre otros.*

[31] *VENDITTI, Arnaldo. «Sull□esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 746; NATOLI, Ugo. «Considerazioni finali». En «Actas del seminario "Il ruolo della colpa nell□attuale sistema della responsabilità civile"», publicadas en Responsabilità civile e previdenza. Vol. XLII, 1977, p. 769.*

La prueba del caso fortuito consistiría, por consiguiente, en la demostración de que el daño se ha debido a un evento que no podía ser previsto o evitado con la diligencia debida.[32]

En esta línea de pensamiento, donde hay una presunción que es superable a través de la prueba del caso fortuito, la doctrina hace referencia, en todo caso, a una responsabilidad «agravada», pero que en ningún momento deja de ser «subjetiva»,[33] o bien de una responsabilidad «semiobjetiva»,[34] o de una responsabilidad «objetiva intermedia».[35]

De otro lado, hay quien llega a afirmar que, cuando se dice que la responsabilidad objetiva existe, en todas las hipótesis en que la ley admite la prueba del caso fortuito se comete, además, el error garrafal de olvidar que lo propio de la responsabilidad objetiva es la prescindencia de todo eximente,[36] de donde es válido concluir que, para algunos, responsabilidad objetiva es sinónimo de responsabilidad por la mera causalidad; de esta forma, los únicos casos de responsabilidad objetiva serían «aquéllos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone».[37]

Dentro del elenco de tesis extremas, no ha faltado alguna que pretende emancipar la responsabilidad objetiva inclusive del análisis del elemento causal, la cual no debe descartarse de plano (aun cuando no se la comparta), mucho menos en un campo tan propenso a padecer la influencia de los cambios sociales como es la responsabilidad civil.

Según esta última tesis, considerar que las hipótesis de responsabilidad «objetiva» demandan la verificación de la relación causal, tal cual ocurre con las de responsabilidad «subjetiva», significa

---

[32] *Bianca, Cesare Massimo. Diritto civile. T. v: La responsabilità. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1994, pp. 689, 710; Torrente, Andrea y Piero Schlesinger. Manuale di diritto privato. 14.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 629.*

[33] *Venditti, Arnaldo. «Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia». Giustizia civile, 1956, parte i, p. 880; Bianca, Cesare Massimo. Diritto civile. Op. cit., p. 686; Torrente, Andrea y Piero Schlesinger. Op. cit., p. 635 y ss.*

[34] *Bigliazzi-Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. Diritto civile. Vol. iii: Obbligazioni e contratti. Turín: UTET, 1989, pp. 753 y 759; Busnelli, Francesco Donato y Giovanni Comandé. «Italian report». En Bernhard A. Koch y Helmut Koziol (eds.). Op. cit., p. 212.*

[35] *Visintini, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Op. cit., p. 695.*

[36] *Bianca, Cesare Massimo. «La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell illecito». Roma e america. Diritto romano comune, n.º 3, 1997, p. 204.*

[37] *León, Leysser L. «La responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)». En La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Trujillo: Editora Normas Legales, 2004, p. 28.*

> proponer un requisito que, o es superfluo, porque se limita a repetir los resultados a los cuales se arriba con el mero recurso a los criterios de responsabilidad, o es equívoco, si se revelara susceptible de conducir a resultados diferentes. […] [A] diferencia de la responsabilidad subjetiva, donde la culpa y el dolo son criterios de calificación del nexo causal, de modo que la presencia de este último se establece en el caso concreto, en la responsabilidad objetiva el juicio es puramente tipológico, y consiste en la decisión sobre si el hecho producido pertenece o no a la serie de aquellos hechos que el criterio de imputación adscribe a cierta esfera subjetiva por su simple acaecimiento. Esto significa que en la responsabilidad objetiva no puede plantearse un problema de relación de causalidad, porque éste ya ha sido resuelto previamente, en la descripción de la *fattispecie*; por lo tanto, la presencia de los elementos de ésta en el caso concreto es suficiente para efectos del juicio de responsabilidad.[38]

Estas afirmaciones son solo parcialmente correctas: las dudas surgen, en nuestra opinión, al calificar los problemas de imputabilidad (criterios de imputación) como problemas de casualidad (de allí la inveterada costumbre de la doctrina italiana de afirmar dos tipos de causalidad: la material y la jurídica). Lo cierto es que el problema de la causalidad es siempre material y necesariamente se resuelve en forma previa a la utilización de los criterios de imputación. Con la causalidad se identifica al causante del daño; con la imputabilidad, al responsable. Y esto es así sin perjuicio de que, al finalizar el análisis de imputabilidad, la comprobación de su distribución (por ejemplo, si se concluye en una identificación de culpas, tanto en el agente como en la propia víctima) tenga incidencia en la valoración previa hecha de la relación causal, lo que se explica en el hecho de que el fenómeno de responsabilidad es único y solo admite un estudio «por partes» con fines didácticos. Lo mismo sucede, por ejemplo, cuando se analizan, en la etapa de «análisis material» del fenómeno de responsabilidad, los requisitos del daño resarcible y, concretamente, el requisito de la certeza: el plano fáctico de la certeza se analiza dentro del propio elemento «daño», pero el plano lógico de la certeza solo se comprueba en el análisis de la relación causal.

En esta línea de pensamiento, en el Perú, De Trazegnies, refiriéndose al artículo 1972 del Código Civil peruano, afirma que, pese a la referencia expresa que hace este artículo del artículo 1970 (responsabilidad por riesgo),

> es sólo después de haber establecido la vinculación entre el demandado y el daño que nos preguntamos por los factores de atribución; se aplicará el artículo 1969 (que lleva a discutir sobre la culpabilidad o no culpabilidad de esa persona ya

[38] CASTRONOVO, Carlo. *«Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». Op. cit., p. 12.*

> determinada como causante) o se aplicará el artículo 1970º (que le atribuye responsabilidad por el solo hecho de ser el causante). Pero en los dos casos posibles de atribución (culpa o riesgo), existe una relación de causalidad, previa en el análisis y subyacente en ambos tipos de responsabilidad.[39]

Lo cuestionable en esta cita es solo la confusión entre responsabilidad objetiva (o por riesgo) con responsabilidad por la mera causalidad (que corresponde a la denominada «responsabilidad objetiva absoluta» no acogida en el Código Civil peruano), pues, si estos conceptos fueran sinónimos, resultaría enteramente cierto, en nuestra opinión, que sería superfluo o reiterativo separar los planos de causalidad e imputabilidad y considerar que las hipótesis de responsabilidad objetiva demandan la verificación previa de la relación causal.

La misma objeción parecería caber en los supuestos en que se acoja la denominada «responsabilidad objetiva relativa», que admite la exclusión de responsabilidad probando una causa no imputable: ¿para qué decir que en la responsabilidad objetiva siempre se responde, a no ser que se pruebe el caso fortuito u otro supuesto de causa no imputable, si este asunto ya fue resuelto previamente? La explicación en el *civil law* clásico de lo que sucede es sencilla: cualquier criterio de imputación no es sino un «justificativo» teórico del traspaso del peso económico del daño que sufre la víctima hacia una esfera ajena, por lo que persigue explicar, con criterios de justicia, el porqué alguien debe soportar el coste económico del daño sin que esta decisión pueda calificarse de arbitraria. En la llamada «responsabilidad objetiva por hecho propio», el causante del daño será calificado también como «responsable» en la medida que reconozcamos que la actividad desarrollada por aquel justifica que se responda por los daños causados, puesto que, por ejemplo, para la obtención de un beneficio, se generaron riesgos adicionales al simple hecho de vivir (riesgo-creado; riesgo-beneficio) que expusieron al peligro a todos aquellos integrantes de la sociedad que vieron conectadas sus esferas jurídicas con la actividad desarrollada por el agente (ver *infra*, numeral 6); por ello, si dicha exposición al peligro no le es causalmente atribuida a este, por la existencia de una fractura causal, resulta también «justo» que no se responda, por no ser el causante del daño. De aquí el reconocimiento del límite de la responsabilidad objetiva en la causa no imputable.

Si este razonamiento retrata una contradicción o, en el mejor de los casos, una reiteración innecesaria, que representa una aproximación «intuitiva» a

---

[39] *Trazegnies, Fernando de. La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). T. i. Serie Biblioteca para leer el Código Civil, vol. iv. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 300.*

un problema irresoluto en la teoría clásica del *civil law,*[40] bien cabría admitirlo en la literatura jurídica contemporánea, principalmente a partir de los aportes de Calabresi y su teoría del análisis de las capacidades de prevención, de donde se concluye que el costo del daño debe gravar a aquel sujeto de la relación que está en grado de soportarlo del modo más económico posible.

Lo cierto, sin embargo, a esta altura del discurso, es que —en nuestro concepto y dentro del Código Civil peruano— nunca puede reducirse la responsabilidad objetiva a responsabilidad por la mera causalidad; para arribar a esta conclusión, debe bastar el análisis de los supuestos de responsabilidad objetiva por hecho ajeno, en donde claramente se puede hallar un responsable que no sea causante del daño.

La doctrina del *civil law* anterior a la influencia y aportes del análisis económico del derecho trató decididamente de ordenar los conceptos sobre la base de la reserva propia del ámbito de la diligencia y su contravención al área de aplicación de la cláusula general por culpa; de esta forma, ascendió casi a la categoría de «dogma» la definición de la culpa como concepto antitético al de diligencia.

Así, se afirmó que el sistema de responsabilidad subjetiva debe contener no solo aquellas hipótesis en que la culpa funge de criterio de imputación en forma expresa, sino también aquellas en las cuales el eximente de responsabilidad está dado por la ausencia de culpa, entendida como inevitabilidad del hecho.[41]

A su vez, se indicó que los supuestos de responsabilidad en los cuales el límite esté representado por el caso fortuito, entendido como «causa extraña del todo inevitable», serán *fattispecie* de responsabilidad objetiva, porque «lo inevitable del caso fortuito no se mide con el criterio normal de la diligencia […], sino que es apreciado con un criterio que apunta hacia un absolutismo más rígido».[42]

De esta manera, los supuestos de responsabilidad que tienen como límite el caso fortuito serían supuestos de responsabilidad «objetiva» porque lo inevitable del caso fortuito no se evalúa ni mide con criterios de diligencia, sino con criterios absolutos.[43] La diferencia entre la prueba liberatoria basada en la ausencia de culpa y la prueba liberatoria basada en el caso fortuito radicaría en que la primera

---

[40] *Castronovo, Carlo. La nuova responsabilità civile. Op. cit., pp. 71-77.*

[41] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 59 y 89.*

[42] *Ib., pp. 83 y 89.*

[43] *Comporti, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2654.*

> atañe a la evaluación de la conducta del sujeto-presunto responsable, según el criterio de la diligencia; la segunda, en cambio, no concierne a la evaluación del comportamiento del sujeto, sino que se refiere, exclusivamente a la demostración de que el daño ha sido producido por un caso fortuito, es decir, por una causa extraña del todo inevitable, a tal punto que resultaría absolutamente irrelevante brindar la prueba de la normal diligencia, es decir, de la ausencia de culpa del sujeto considerado.[44]

Y puesto que «cuando las pruebas liberatorias se refieren al caso fortuito ellas no tienen que ver, para nada, con la culpa del presunto responsable, ni en el hecho constitutivo, ni en el hecho impeditivo, dichos supuestos se comprenden en el sistema de responsabilidad objetiva».[45]

Por esto y, como antes se ha hecho ya referencia, en lo que respecta a la posibilidad de liberación de la responsabilidad objetiva por causa no imputable, se ha clasificado a esta en (a) «relativa», cuando el límite aplicable es el caso fortuito o fuerza mayor; y (b) «absoluta», cuando la imputación al agente procede aunque el daño sea suscitado por caso fortuito o fuerza mayor,[46] hipótesis esta última aplicable fundamentalmente a los supuestos de «ultrarriesgo».

Lo oportuno de separar entonces la naturaleza «objetiva» o «subjetiva» de la responsabilidad de las cuestiones relativas a la prueba salta a la vista si se echa una mirada al tratamiento que al respecto ha brindado el articulado del Código Civil peruano.

En el artículo 1969, se establece que la responsabilidad extracontractual está basada en el dolo o la culpa, pero la ausencia de estos tiene que ser probada por el agente y no por el damnificado, como sí ocurre, coherentemente, en los países jurídicamente cercanos al nuestro.

Este solo dato haría legítimo poner en duda lo «subjetivo» de la cláusula normativa general contenida en la disposición citada, que aproxima la responsabilidad subjetiva a una responsabilidad semiobjetiva, contraviniéndose el principio de que «en la responsabilidad subjetiva, la víctima no puede obtener reparación si no es aportando la prueba de la culpa».[47]

---

[44] *Comporti, Marco. «Fatti illeciti: Le responsabilità presunte». En Il Codice civile - Commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, p. 156. En el mismo sentido, parecería estar orientado Valsecchi, Emilio. Op. cit., p. 176-177.*

[45] *Comporti, Marco. «Fatti illeciti: Le responsabilità presunte». Op. cit., p. 156.*

[46] *Maiorca, Carlo. «Colpa civile (teoria generale)». En Enciclopedia del Diritto. Vol. vii. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1960, p. 552. Se adhiere a esta clasificación, Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 89.*

[47] *Carbonnier, Jean. Op. cit., p. 342.*

Hoy por hoy, sin embargo, la antinomia «diligencia/culpa» ha debido ser repensada, fundamentalmente a partir de los aportes del análisis económico del derecho, y se ha reconocido que la diligencia —bajo los deberes de cuidado o prevención— orienta y llena de contenido la aplicación de las cláusulas generales interpretativas de responsabilidad subjetiva y objetiva, siendo «un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta».[48]

## 4. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970. La fusión de la responsabilidad por «hecho de las cosas» del Código Civil francés y la responsabilidad «por actividades peligrosas» del Código Civil italiano. ¿Por qué es «objetiva» la responsabilidad por riesgo o exposición al peligro?

La correcta comprensión del contenido del artículo que se comenta requiere, como mínimo, la clarificación, en términos jurídicos, de los conceptos de «actividad riesgosa o peligrosa» y de «bien riesgoso o peligroso».

Para cumplir tal objetivo es útil desentrañar los orígenes de esta disposición.

Debe señalarse, entonces, que, en el artículo 1970 del Código Civil peruano, parecieran refundirse dos regímenes jurídicos que, en los textos legislativos que nos han servido de modelo, se distinguen convenientemente: la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas del Código Civil italiano y la responsabilidad por hecho de las cosas, también presente en este último pero original del Código Civil francés.

En primer lugar, es manifiesta la influencia del artículo 2050 del Código Civil italiano, subtitulado «responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas», en la que se establece que «aquel que ocasiona un daño a otro en el desenvolvimiento de una *actividad peligrosa*, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados, queda obligado al resarcimiento, a no ser que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño».

En relación con este artículo, novedad introducida en el *civil law* por la codificación italiana, se refiere que constituye «una generalización de *fattispecie* típicas de responsabilidad que habían sido consagradas en la legislación especial (especialmente, en la relativa a la circulación vehicular), para hacer

[48] *Posner, Richard. El análisis económico del derecho (1992). Traducción del inglés por Eduardo Suárez. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 172.*

frente a las actividades peligrosas no asimilables a las figuras tradicionales del daño mediante cosas o animales».[49]

Las actividades peligrosas podían regularse, entonces, de dos maneras: «o se las prohibía, con la previsión de un sistema de control para los infractores y, de ser el caso, con sanciones penales; o se las admitía, como al final se hizo, bajo la condición de que los damnificados puedan ser resarcidos con mayor facilidad».[50]

De otro lado, se ha señalado que el ordenamiento jurídico, frente al ejercicio de una actividad peligrosa, puede

> prohibir el ejercicio de la actividad, por considerar intolerables los riesgos a los que quedarían expuestos los demás miembros de la sociedad, en proporción a las ventajas que el desarrollo de la actividad y sus resultados útiles pueden aportar a éstos (en el sentido de reflejo colectivo de una utilidad individual, atendiendo a la difusión del ejercicio de la actividad o a la contribución de la actividad a la producción nacional, a la ocupación, a la utilización de las fuerzas laborales de la sociedad o, como ha ocurrido en los últimos años, al desarrollo de los conocimientos técnico-científicos); o puede, por el contrario, permitir el ejercicio de la misma actividad peligrosa, si la relación entre el riesgo y la ventaja, colectivamente valorizados, haga aceptable su desenvolvimiento. En este segundo caso, el ordenamiento debe realizar una elección en lo relativo a la repartición del riesgo entre todos los miembros de la sociedad, por un lado, y el que ejerce la actividad, por otro.[51]

Por esta razón, se dice que, en el supuesto analizado, nos encontramos ante actividades que, a pesar de estar permitidas, obligan al resarcimiento de los daños que generan: actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben y que, pese a ser consentidas, son fuente de responsabilidad (objetiva).[52]

Como bien hacía ver Esser, además, hay actividades peligrosas que resultan ser esenciales en la vida moderna, y alguien tiene que realizarlas necesariamente.[53]

---

[49] *Salvi, Cesare. Op. cit., p. 1232. En perspectiva histórica, véase Minervini, Gustavo. «Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera». Giustizia civile, año II, 1952, pp. 626-627.*

[50] *Franzoni, Massimo. «Dei fatti illeciti». En Commentario del codice civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano. Bolonia, Roma: Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1993, p. 482.*

[51] *Martini, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell esercizio di attività pericolosa». Giurisprudenza italiana, 1973, parte I, col. 978.*

[52] *Trimarchi, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Op. cit., p. 147.*

[53] *La referencia es de Minervini, Gustavo. Op. cit., p. 638.*

Pero ¿qué debe entenderse por «ejercicio de actividad» de un lado y por «actividad peligrosa» del otro?

En principio, por «ejercicio de actividad» se propone entender

> una sucesión continuada y repetida de actos que se desarrolla en el tiempo y que se encuentra coordinada en sus fines. Los dos términos *ejercicio* y *actividad* concurren, por igual, para representar esta continuidad, esta sistematicidad energética que no se encuentra encerrada en una acción que se agota en sí misma, sino que presupone la inmanencia de una continua renovación en situación constante. *Ejercicio* —de *exercere*, tener en movimiento […]— expresa cinemáticamente dicho concepto de continuidad en una serie de actos repetidos y constantes, que no concluye en una acción aislada, sino que se desenvuelve persistentemente, con constancia en el tiempo. *Actividad*, por su parte, refuerza el mismo concepto en su derivación prácticamente frecuente de *acto*, respecto del cual presupone una continua repetición en una serie de actos, ligados y coordinados a un fin orgánico y sistemático, como de explotación industrial.[54]

Para el derecho, «actividad» es, pues, el conjunto de actos «coordinados o unificados en el plano funcional por la unicidad de su fin».[55]

Ello no quiere decir, desde luego, que, abusando de la interpretación literal, estemos autorizados para asumir que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las omisiones. Estas, qué duda cabe, bien pueden traducirse en una situación de riesgo o de exposición al peligro[56] y dar lugar, entonces, a la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1970 de nuestro Código Civil.

Desde una perspectiva comparativa, sin dejar de reconocerse que la norma italiana constituye un avance respecto de las codificaciones europeas más tempranas, se manifiestan dudas sobre la conveniencia del camino seguido: un incremento en el plano de las categorías, en lugar de la formulación de cláusulas generales aplicables, por igual, a los daños causados por cosas o actividades[57] o a los daños provocados, fuera de toda intervención

---

[54] *Gentile, Guido. «Responsabilità per l□esercizio di attività pericolose». Responsabilità civile e previdenza, año xv, 1950, p. 104. En el mismo sentido, véase Scognamiglio, Renato. «Responsabilità civile». Op. cit., p. 351.*

[55] *Auletta, Giuseppe. «Attività (Diritto privato)». En Enciclopedia del diritto. Vol. iii. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1958, p. 982.*

[56] *Este realce ya figura en Venditti, Arnaldo. «Sull□esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 745. Véase infra, § 7, en relación con la responsabilidad de la Administración Pública por «peligros ocultos» en inmuebles de uso público.*

[57] *Stone, Ferdinand S. «Liability for damage caused by things». En International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. xi: Torts. Tubinga, La Haya, París, Nueva York: Mohr, Mouton, Oceana Publications Inc, 1972, p. 9.*

causal del legalmente responsabilizado, «por entidades *seagentes*» (personas, animales o cosas que «actúan autónomamente»), como prefiere denominarlas, con fines sistemáticos, algún autor.[58]

Y, por «actividad peligrosa» (con cargo de examinar el desarrollo conceptual en *infra*, § 6), puede indicarse preliminarmente que esta cabe ser entendida —desde una perspectiva tradicional— como «actividad potencialmente idónea para provocar daños inevitables»,[59] por lo que refiere a la introducción o incremento de riesgos o peligros a la sociedad. Empero, ¿de qué nivel de riesgo se habla? Las respuestas no han sido unívocas.

De un lado, se ha señalado que, si se reconoce que la vida misma está en capacidad de generar riesgos, una «actividad riesgosa» será aquélla que adiciona al individuo un peligro adicional al simple hecho de vivir.[60] Para otros, involucrará a «todas aquellas actividades que incrementan el nivel medio del riesgo».[61] Y, en experiencias extrañas al *civil law*, se llegará a afirmar inclusive que «en los ordenamientos donde la peligrosidad de la actividad comporta un régimen especial de responsabilidad se debe requerir una específica cualificación de tal peligrosidad: en el *common law*, por ejemplo, ésta tiene que ser *ultrahazardous or extraordinary* [ultrarriesgoso o extraordinario]».[62]

Entendemos que la opinión anterior es crítica frente al mantenimiento en el Código Civil italiano de una norma que regula, con diverso tenor, la responsabilidad por hechos de cosas.

De ser así, la solución recogida en el Código Civil peruano parecería ser correcta si apuntara a unificar el tratamiento de ambos supuestos, solo que, siguiendo cabalmente a la aguda observación del autor citado, es menester afirmar también que las buenas expectativas que genera nuestro artículo 1970 se frustran por la conservación de disposiciones especiales de encriptado decimonónico, pero de historia más que milenaria, como la responsabilidad por daños causados por animales (art. 1979) y por caída de edificios (art. 1980), ambos con redacción defectuosa y, peor aún, distinta y contrastante con el sentido de la cláusula normativa general de vanguardia, desde cierto punto de vista, que los antecede.

---

[58] MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell esercizio di attività pericolosa». Op. cit., cols. 968-969.

[59] Ib., col. 978.

[60] TRAZEGNIES, Fernando de. Op. cit., § 73, p. 159.

[61] GALLO, Paolo. Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043/2059 C.C. Turín: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 123.

[62] COMANDÉ, Giovanni. «Commentario sub art. 18». En Massino Bianca y Francesco D. Busnelli (eds.). Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675. A cura di C. Massimo Bianca e Francesco D. Busnelli. A su vez en Le Nuove leggi civili commentate, 1999, p. 491.

En segundo lugar, y retomando el tema de los orígenes del artículo examinado, hay que señalar, aunque el vínculo sea más remoto, que, en lo dispuesto en nuestro Código Civil, se percibe la herencia del artículo 1384 del Código Civil francés, a tenor del cual, justamente, «se es responsable no sólo del daño causado por hecho propio, sino también por el daño causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las *cosas* que se tienen bajo custodia».

Respecto de la experiencia francesa, en relación con el citado artículo del Código napoleónico, nos limitamos a informar que, a partir de una decisión judicial famosa de la Cour de Cassation, la sentencia *Jeand'heur* de 1930, la *responsabilité objective*, también denominada responsabilidad «de derecho» (*de droit*) o «de pleno derecho» (*de plein droit*) por el hecho de las cosas, se ha definido como «la obligación para el custodio de una cosa inanimada de indemnizar todo daño causado por otro por el hecho de dicha cosa; el custodio no puede eximirse si no es demostrando la fuerza mayor o el hecho de la víctima».[63]

Conocer los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil es, desde luego, importante, pero no lo es menos asignarles su correcto lugar para evitar lecturas distorsionadas de la doctrina elaborada en Italia y Francia a partir de las normas citadas.

Por ello, es esencial informar que, en Italia, la segunda parte del artículo 2050, donde se hace referencia a la prueba de la «adopción de todas las medidas idóneas para evitar el daño», vuelve legítima la posición de quienes sostienen que el criterio de imputación allí establecido sigue teniendo carácter subjetivo[64] y que nos encontramos, entonces, frente a una hipótesis de «responsabilidad agravada por culpa presunta».[65] Esto significa que, al hacer referencia el artículo 2050 del Código Civil italiano a medidas de diligencia, se termina, desde la óptica tradicional (y en donde el concepto de culpa es definido como «negligencia»: noción opuesta a la de «diligencia»), en un «anclaje» de este precepto en el concepto de culpa, lo que para muchos ha impedido sustentar en Italia la exposición al peligro como basamento de una nueva cláusula general normativa de responsabilidad de naturaleza objetiva.[66]

---

[63] *Grymbaum, Luc. Op. cit., p. 4. En perspectiva comparativa, véase Stone, Ferdinand S. Op. cit., p. 7.*

[64] *Valsecchi, Emilio. Op. cit., pp. 160 (nota 1), 164; Sciso, Carla Maria. «Spunti in tema di responsabilità per l□esercizio di attività pericolose». En Michelle Spinelli (dir.). Vol. II. Op. cit., p. 564; Natoli, Ugo. Op. cit., p. 769; Corsaro, Luigi. «Responsabilità civile: I) Diritto civile». Op. cit., p. 24; entre otros.*

[65] *Bianca, Cesare Massimo. Diritto civile. Op. cit., p. 709.*

[66] *Castronovo, Carlo. La nuova responsabilità civile. Op. cit., p. 56.*

Se escribe, desde esta perspectiva, que «la norma que regula la materia de los daños ocasionados a otros en el ejercicio de una actividad peligrosa ha repudiado el principio de la responsabilidad objetiva, al permitir al causante del daño la prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el mismo»[67]

> La alta probabilidad de que la actividad desarrollada dañe a otros y la potencialidad de crear daño que califica la actividad como peligrosa aconsejan a la ley obligar a quien la ejerce a una prevención severa y rigurosa para salvar a los terceros, y a imponer, en concreto, a través de la regulación de la carga de la prueba, una regla de conducta para el que ejerce la actividad.[68]

Según esta misma línea de pensamiento, que hasta hoy goza de abrumadora acogida en la jurisprudencia italiana, dichas medidas serían todas aquellas brindadas «por la técnica y que se tengan a disposición, atendiendo a las circunstancias del caso; ello implica la observancia de un comportamiento libre de negligencia reprobable».[69] En otras palabras, estaríamos ante una presunción legal que solo puede superarse mediante la prueba liberatoria, por lo demás difícilmente realizable, de la «diligencia profesional», o sea, la conformidad del propio obrar a las prescripciones técnico-normativas que rigen una actividad determinada.[70]

Los partidarios de esta apreciación esgrimen en pro de su causa, de igual forma, un pasaje de la *Relazione al Codice civile* (una especie de exposición de motivos de este texto legal), donde se expone que, en el terreno de las actividades peligrosas, se aplica una «solución intermedia» entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: se establece una inversión de la carga de la prueba y esta, para efectos liberatorios, pasa a recaer en el causante del daño —quien verá, así, ampliado el contenido de su deber de diligencia—, pero la culpa sigue constituyendo la base de la responsabilidad.[71]

Llama la atención, de todas formas, que un temprano analista de la norma, sin alejarse de la perspectiva subjetivista, haya auspiciado algo que coincide

---

[67] *Miccio, Renato. Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni. 2.ª ed. aumentada. En Commentario del codice civile. Turín: UTET, 1966, p. 813.*

[68] *Corsaro, Luigi. «Responsabilità da attività pericolose». En Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Vol. xvii. Turín: UTET, 1998, p. 88.*

[69] *Cupis, Adriano de. Il danno - Teoria generale della responsabilità civile. 3.ª ed. T. ii. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 184.*

[70] *Bianca, Cesare Massimo. Diritto civile. Op. cit., p. 709. En igual sentido, véase Sciso, Carla Maria. Op. cit., p. 571.*

[71] *A este argumento recurren Valsecchi, Emilio. Op. cit., p. 160 (nota 1); Forchielli, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., pp. 1381-1382; Sciso, Carla Maria. Op. cit., p. 567; entre otros.*

con lo determinado por nuestros codificadores. Él consideraba que el artículo 2050 del Código Civil italiano se encontraba

> en el camino de los grandes principios: con él se ha colmado una laguna, y se influye en ulteriores sectores de la actividad humana, por el progresivo restablecimiento de la libre coexistencia de los derechos. En un ulterior desarrollo del concepto se podrá arribar a la codificación de una presunción única que se centre en el principio de la peligrosidad, así como, en su momento, el principio de la responsabilidad por culpa subjetiva resultó de la unificación del concepto de la culpa en las diversas hipótesis de *damnum iniuriam datum*.[72]

Pero otro grupo de autores, a quienes cabe reconocer, además, el mérito de superar con fundamentos la interpretación «auténtica» de la ley —llamémosla así— considera, en cambio, que la inversión de la carga de la prueba en el artículo 2050 coincide, en último análisis, con una regla de responsabilidad objetiva.[73]

Lo que el Código Civil italiano exige probar es, según esta línea de pensamiento, «el hecho objetivo de que se han adoptado medidas brindadas por la técnica, aptas para evitar el daño», de modo que estaríamos ante una hipótesis de responsabilidad «por riesgo objetivamente evitable».[74]

Se sostiene, igualmente, en esta línea de pensamiento, que debiera juzgarse correcto, desde una óptica objetivista, que en la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas

> el núcleo constitutivo prescinde de la existencia de un comportamiento culposo, y requiere sólo que la acción sea llevada a cabo por quien ejerce una actividad peligrosa, durante cuyo ejercicio se produzca un daño injusto. La relación entre hecho y daño se establece, entonces, con prescindencia de la culpa, y el efecto del resarcimiento depende exclusivamente del ejercicio en concreto de una actividad peligrosa […]. La concepción que atribuye un fundamento culposo a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas no es leal con la evolución producida en el campo de la actividad industrial, que produjo la categoría de los llamados daños anónimos y necesarios.[75]

---

[72] *Gentile, Guido. Op. Cit., p. 103.*

[73] *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 278; Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 96-97; Visintini, Giovanna. La responsabilità civile nella giurisprudenza. Padua: Cedam, 1967, p. 388; Patti, Salvatore. Prove - Disposizioni generali. En Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bolonia, Roma: Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1987, p. 126; entre otros.*

[74] *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 48, 278-279.*

[75] *Franzoni, Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., pp. 533-534.*

Pero en el Código Civil peruano —esto es lo que cuenta— no se presenta la criticada inversión de la carga de la prueba que ha movido a un sector de la doctrina italiana a calificar el artículo 2050 del Código Civil de su país como «el mayor obstáculo para la identificación de un principio general de responsabilidad objetiva de empresa en el sistema del Código Civil»[76] y hasta como una «desilusión» propiamente dicha.[77]

La norma italiana también ha sido juzgada por algunos como «insuficiente» y «excesiva»: lo primero,

> porque la prueba liberatoria de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño […] puede devenir una *probation diabolica*, o puede, por el contrario, ser demasiado fácil […]. Es excesiva en el aspecto de la previsibilidad del daño, el cual, cuando se trata de actividades peligrosas, está […] *in re ipsa*, de modo que el empresario respondería siempre, porque el daño sería siempre previsible.[78]

La interpretación en clave «objetiva» del artículo 1970 de nuestro Código tiene también a su favor una antigua y autorizada doctrina francesa que, de la mano con una jurisprudencia vanguardista, subraya con decisión, en el citado artículo 1384 del *Code Napoléon*, la ausencia de toda referencia a la culpa (*faute*) y, por lo tanto, la mera exigencia de una relación de causa-efecto entre la cosa y el daño,[79] a fin de establecer la responsabilidad.

Sobre la base de esta apreciación, tan simple cuanto aguda, nacen sucesivamente, a fines del siglo XIX, las llamadas teorías del «riesgo profesional» (*risque professionnel*) y del «riesgo creado» (*risque créé*).

Entre ambas teorías hay —digámoslo así— una diferencia de amplitud del campo visual. La primera, esbozada por Raymond Saleilles (1855-1912) a partir de 1894, aplica la perspectiva objetiva a la administración de los daños producidos por las grandes fábricas.[80] La segunda, planteada por Louis Josserand (1868-1941), es menos limitada y considera que se es inmediatamente responsable, por razones de equidad y sin que para ello sea necesario analizar el plano subjetivo o el rubro de actividad, de los daños causados por el hecho de las cosas de las que uno se sirve. El deber de

---

[76] *SALVI, Cesare. Op. cit., p. 1234.*

[77] *CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». Op. cit., p. 4.*

[78] *GRASSETTI, Cesare. «Diritto dell□energia nucleare: Il regime giuridico della responsabilità civile». En Il Foro padano, vol. X, 1960, col. 51.*

[79] *JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 74.*

[80] *Según la síntesis de MASSIGLI, Charles. «Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle». En BEUDANT, Robert et al. L'œuvre juridique de Raymond Saleilles. París: Arthur Rousseau, 1914, p. 435 y ss.*

resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace *ex lege*,[81] en cabeza de quien genera el riesgo. Este «debe ser asumido por aquel que lo ha creado, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa [...]. El riesgo, noción concreta y de orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce el gobierno de ésta».[82]

A aquella doctrina francesa, en su momento contestataria, se debe la centenaria asociación de la responsabilidad objetiva con el ámbito, precisamente, de los daños causados por cosas,[83] mientras que en el resto de hipótesis sigue predominando la responsabilidad por culpa.

Hay quien ha advertido la incompatibilidad entre la culpa y el riesgo, y propone una noción alternativa: la «garantía», como verdadero fundamento de la responsabilidad civil.[84]

En Italia, el debate se escenifica en el decenio 1960-1970, y se hablará de riesgo de empresa (*rischio di impresa*) y de exposición al peligro (*esposizione al pericolo*) (véase *infra*, § *6*). Este hecho está ligado directamente con la terminología de nuestro codificador que utiliza los adjetivos «riesgoso» y «peligroso».

Un autor, teniendo a la vista la sola cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual consagrada en el Código Civil de su país (que es de carácter subjetivo), decía bien que el riesgo no tenía posibilidad de sustituir a la culpa como criterio de imputación, porque este «debe ser determinado por la ley, y no inventado por el intérprete. La ley ha escogido y señalado la culpa; no hay ninguna indicación, junto a ella, del riesgo».[85]

Por la misma razón, sin embargo, se señalaba también que, en la interpretación del artículo 2050 de dicho Código, aun cuando estuviera fuera de lugar y fuera irrelevante recurrir al «riesgo», no podía afirmarse lo mismo respecto del «peligro», porque este sí es un elemento en el que se apoya la ley expresamente.[86]

Ateniéndonos a estas consideraciones doctrinales y a los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil peruano que hemos revisado, así como al «riesgo» y a la «exposición al peligro», a los cuales se remite legalmente

---

[81] *Josserand, Louis. Op. cit., pp. 89 y 98.*

[82] *Ib., p. 125.*

[83] *Viney, Geneviève. Introduction à la responsabilité. Op. cit., p. 84.*

[84] *Starck, Boris. Essai d□une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. París: L. Rodstein, 1947, p. 51 y ss.*

[85] *Barbero, Domenico. Op. cit., p. 811. En igual sentido, véase Sciso, Carla Maria. Op. cit., pp. 561-562 y 566.*

[86] *Scognamiglio, Renato. «Responsabilità civile». Op. cit., p. 351.*

como criterios de imputación, podemos afirmar, ahora sí, sin incurrir en apriorismos, la naturaleza objetiva de la responsabilidad allí normada.

En la codificación peruana no existe, pues, desde el punto de vista de los conceptos tradicionales, la discusión del «anclaje» de la responsabilidad por exposición al peligro en la cláusula general por culpa, por lo que, al no haberse codificado tampoco la teoría del «hecho ilícito», cabe perfectamente afirmar a la responsabilidad objetiva por riesgo como una cláusula general interpretativa de responsabilidad de igual valor que la cláusula general por culpa; todo ello, sin perjuicio de analizar más adelante (*infra*, § *9*), si en verdad una referencia tal, como la realizada por el artículo 2050 del Código Civil italiano, a la «prueba de haber adoptado toda las medidas idóneas para evitar el daño», representa o no en realidad un «anclaje» en el concepto de culpa.

## 5. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970 (sigue): ¿por qué es erróneo hablar de «bienes riesgosos o peligrosos»?

Acabamos de anotar que, con lo decidido por el legislador peruano, al no prescribirse ninguna inversión de la carga de la prueba, se ha evitado, a fin de cuentas, la importación de la discusión entablada al respecto entre los intérpretes del artículo 2050 del Código Civil italiano, que parece haber servido al artículo 1970 del Código Civil peruano de modelo.

Sin embargo, en el artículo que estamos comentando, se comete una incoherencia de la que, curiosamente, bien pudo habernos prevenido la propia doctrina italiana: hablar de «bienes riesgosos o peligrosos» es doblemente errado.

Es errado, en primer lugar, porque haber utilizado el término «bien», en vez de «cosa», como se hace acaso en todos los Códigos Civiles foráneos, no es correcto desde una perspectiva estricta y necesariamente técnica.

Dogmáticamente entendido, el concepto de «bien» equivale a «objeto de protección jurídica», en sentido lato; o «punto de referencia objetivo de un derecho subjetivo (o, de ser el caso, de una situación subjetiva)», en sentido estricto.[87]

Así pues, pertenecen también a esta categoría los *Lebensgüter* («bienes de la vida»), los «bienes esenciales de la persona, es decir, sus valores esenciales (vida, honor, etc.)»,[88] que son objeto de los derechos de la personalidad, de

---

[87] *PUGLIATTI, Salvatore. «Beni (Teoria Generale)». En Enciclopedia del Diritto. Vol. V. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1959, pp. 173 y 187.*

[88] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI: «La proprietà». Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1999, p. 52.*

los *Grundrechte* («derechos fundamentales», como se acostumbra también llamarlos), constitucionalmente protegidos.[89] Por obvios motivos, estos «bienes» no admiten, desde ningún punto de vista, ser calificados como «riesgosos» o «peligrosos».

El mismo reparo puede formularse si se piensa en aquellas entidades, igualmente no susceptibles de ser calificadas en términos de «riesgo» o «peligrosidad», que ostentan la característica de la ausencia de corporalidad, pero que, por poseer objetividad jurídica, por ser objeto de derechos subjetivos, reciben la denominación de «bienes inmateriales»:[90] marcas, diseños industriales, patentes, etc.

A la misma constatación se arriba si se piensa en los llamados «derechos patrimoniales», o sea, en los «derechos subjetivos que protegen un interés económicamente valorable y que concurren a conformar el patrimonio de un sujeto»,[91] que, para una parte de la doctrina, también serían bienes. Para efectos de la responsabilidad patrimonial del deudor, por ejemplo, los créditos, que son «derechos», se consideran «bienes», en tanto y en cuanto elementos «activos» (ejecutables) de un patrimonio.[92] En nuestro Código Civil (art. 886, n.º 7), las «rentas o pensiones» forman parte del elenco de los «bienes muebles».

En cambio, la noción de «cosa», en sentido jurídico, es «eminentemente histórica, y no ya naturalística o abstracta. Cosa es toda parte del mundo externo al ser humano […] que puede quedar sujeta a su señorío».[93] Es una noción «prejurídica y, por lo tanto, extrajurídica: se trata de un elemento de la realidad que es tomado en consideración por el derecho; si al final del examen se considerará que tal elemento puede constituir objeto de un interés jurídicamente relevante, entonces la «cosa» será calificada como «bien»».[94]

---

[89] *GAZZONI, Francesco. Manuale di diritto privato. 10.ª ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2003, p. 194.*

[90] *MESSINETTI, Davide. «Beni immateriali». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. V. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 1 (de la separata); SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Dei beni. En Il Codice civile - Commentario diretto da Piero Schlesinger. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1999, p. 5.*

[91] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI. Op. cit., p. 52.*

[92] *MAIORCA, Carlo. «Beni». Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. V. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 11 (de la separata); BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI. Op. cit., p. 52; GAZZONI, Francesco. Op. cit., pp. 193-194. En contra, véase SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Op. cit., pp. 18-19.*

[93] *MARTINO, Francesco de. «Commentario sub art. 810». En Della proprietà. 3.ª ed. A su vez en Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bolonia, Roma: Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1968, p. 1.*

[94] *ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. «Cosa». Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Vol. IV. Turín: UTET, 1989, pp. 443-444.*

Esta última es la idea que se quería reflejar en la norma del Código Civil francés sobre la responsabilidad «*du fait des choses*». Más aún, la doctrina francesa ha circunscrito la aplicación del artículo a las «*choses inanimées*», atendiendo a que los daños por hechos de las cosas «con actividad propia», como los animales, reciben un tratamiento especial dentro del mismo código.[95] De aquí también que, en Francia e Italia, el concepto fundamental para entender a cabalidad tal hipótesis sea la relación de «custodia» entre el imputado y la cosa. En ninguna de las experiencias de tales países, como es palmario, se está pensando en la idea de «bien».

Por lo demás, la usual restricción del término «cosa» a las solas entidades «corporales», admitida por la doctrina,[96] también concuerda perfectamente con el sentido de estas reglas jurídicas importadas.

En nuestro Reglamento Nacional de Tránsito se ha salvado bien esta incorrección terminológica al establecerse que el peligro se refiere a la conducción de automóviles, y no a los automóviles en sí mismos: «la persona que conduzca un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, infringiendo las reglas de tránsito, será responsable de los perjuicios que de ello provengan» (art. 271).

Sin perjuicio de cuanto acabamos de señalar, está claro que la crítica no puede tener como único sustento una observación terminológica por más pertinente que esta sea, más aún teniendo en cuenta que, en nuestro Código Civil, hay ocasiones en las cuales se utilizan indistintamente los términos «bien» y «cosa».

Recuérdense, a propósito, los artículos 947 y 948, en los que se hace referencia a la transferencia de propiedad de una «cosa mueble», mientras que, pocas líneas después, el artículo 951 trata de la adquisición por prescripción de un «bien mueble».

Por ello, hay que refinar la crítica añadiendo, en segundo lugar, que lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil es equívoco porque *las cosas no son jamás en sí mismas riesgosas ni peligrosas*.

No existe una categoría de «*res periculosae*» ni cosas de las que se pueda afirmar que tengan una aptitud intrínseca para producir consecuencias dañosas.

Lo cierto es que incluso la cosa más inocua puede convertirse en peligrosa, atendiendo a la situación específica, y aun en grado superior al de aquellas que, a primera vista, sí se juzgarían como tales.[97]

---

[95] *Demogue, René. Traité des obligations en général. Parte I: Sources des obligations. T. V. París: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 364.*

[96] *Zeno-Zencovich, Vincenzo. Op. cit., p. 444; Bianca, Cesare Massimo. Diritto civile. T. VI. Op. cit., p. 54; Scozzafava, Oberdan Tommaso. Op. cit., p. 13.*

[97] *Geri, Vinicio. Responsabilità per danni da cose ed animali. 2.ª ed. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1967, p. 242; Grynbaum, Luc. Op. cit., p. 7.*

> Puede ser más peligrosa una navaja de afeitar en las manos de un niño o de una persona inconsciente o exaltada, que un arma cuyo uso sea difícil o que, por su peso, no pueda ser sostenida por un muchacho. Una piedra pequeña, lanzada con gran violencia, incluso por una persona no particularmente fuerte puede ser más peligrosa que una roca que no pueda ser levantada con facilidad. [...]. Los medicamentos pueden ser curativos, pero también letales, dependiendo de la persona que los tome, de la cantidad y del uso que se haga de ellos, según las circunstancias. Jamás se podrá decir que un medicamento es una cosa peligrosa, aunque todo medicamento, desde cierto punto de vista, sí puede ser peligroso.[98]

Anotaba por esto bien Trimarchi que, en realidad,

> la responsabilidad objetiva viene ligada a «actividades» y no a «cosas» que presenten un riesgo. Se ha en efecto sostenido que la norma sobre el daño por cosas se debe aplicar sólo a las «cosas» peligrosas, y justamente esta tesis ha sido criticada en base a la consideración que no existe una categoría de las «cosas peligrosas», por lo que la misma cosa puede ser peligrosa o inocua según las circunstancias. Observación exacta: para convencerse baste pensar que existen sustancias químicas inocuas en condiciones normales, las cuales resultarán peligrosas cuando vengan expuestas, en el curso de un procedimiento industrial, a ciertas presiones, a ciertas temperaturas, al contacto con otras sustancias. Pero sería injustificado extraer de esta exacta premisa la conclusión de que la existencia y el grado del riesgo no desarrollan algún rol en la interpretación y en la aplicación del art. 2051º c.c. Ya Stallybrass, en un estudio dedicado a un problema análogo en relación al *common law*, ha observado que no se puede hablar de cosas peligrosas *in sé*, sino sólo de cosas peligrosas *sub modo*, habiendo concluido que la responsabilidad se conecta no tanto a la cosa cuanto a la actividad que con ella viene desenvuelta, y al riesgo que así viene creado: y esta me parece la única conclusión adecuada.[99]

La posición contraria, si bien ilustremente representada, se basará en la referencia expresa del artículo 2050 del Código Civil italiano a la «naturaleza de los medios adoptados».[100] Este es un dato fundamental por tener en cuenta, ciertamente. Ocurre, sin embargo, que dicho fragmento quedó al margen en la importación normativa verificada en nuestro artículo 1970. Este es un decisivo argumento a favor de la inexistencia de las cosas riesgosas o peligrosas.

---

98 *Brasiello, Ugo. «Cose "pericolose" e cose "seagenti"». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año x, 1956, p. 35.*

99 *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 215-216.*

100 *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 200; Cupis, Adriano de Dei fatti illeciti. 2.ª ed. En Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bolonia, Roma: Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1971, p. 90.*

Se afirmará, de igual forma, que existen ciertas cosas que poseen en sí mismas cierta potencialidad dañosa y que pueden considerarse peligrosas de acuerdo con un juicio de estimación de su peligrosidad basado en criterios estadísticos y cuantitativos. Así, una «materia venenosa, observando los hechos de un determinado período de tiempo, es decir, siguiendo un criterio rigurosamente objetivo, ocasiona una serie de accidentes infinitamente superiores, tanto en cantidad cuanto en gravedad, que los derivados de una navaja de afeitar».[101]

Pero, aunque se admitiera que una cosa tiene una propia y autónoma potencialidad dañosa, la causa principal del daño siempre será representada por una actividad peligrosa y no por la cosa en sí. «Es la acción del hombre lo que hace de la cosa un objeto mediato de su actividad, aun cuando ella escape de todo control en la fase dinámica».[102]

Para el ordenamiento jurídico, por lo demás, «la pura y simple derivación del daño de la cosa es irrelevante; lo que cuenta, para efectos de la responsabilidad, es que un comportamiento humano haya alimentado el peligro del daño, y haya influido, de tal forma, en el origen del daño mismo, es decir, en el peligro, y por este medio, en el propio proceso dañoso que deriva de la cosa».[103]

En este punto, tampoco debe ser generador de confusión el hecho de que, en los países donde sí se ha regulado la responsabilidad civil por hecho de las cosas, algunos autores hayan pretendido restringir la aplicación de las disposiciones respectivas a las «cosas peligrosas», bajo la creencia de que solo estas son idóneas para provocar daños.

También en dichas experiencias se ha respondido, decididamente, que la peligrosidad es «una noción relativa que puede referirse a todo tipo de objeto […]. [T]odo cuerpo se halla sometido, cuando menos, a la fuerza de gravedad, y es susceptible, por lo tanto, y bajo determinadas circunstancias, de causar daños».[104]

---

[101] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 201.*

[102] *Franzoni, Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., p. 525. Véase también Visintini, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Op. cit., p. 657; Fernández Cruz, Gastón. «La responsabilidad civil del gestor de base de datos en la informática jurídica». Ius et Veritas, año VIII, n.º 15, 1997, pp. 279-280; León, Leysser L. «Consideraciones sobre los daños por homicidio y las técnicas para su resarcimiento» (2002). En La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Op. cit., pp. 172-173 (48).*

[103] *Cupis, Adriano de. Il danno - Teoria generale della responsabilità civile. T. II. Op. cit., p. 191.*

[104] *Zivіz, Patricia. «Il danno cagionato dalle cose in custodia». En La Nuova giurisprudenza civile commentata, 1989, parte II, p. 101; pero ya Brasiello, Ugo. Op. cit., p. 27 et passim; y Venditti, Arnaldo. «Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia». Op. cit., p. 882.*

La unanimidad de la jurisprudencia francesa en este último sentido, que se rehúsa a limitar la aplicación de la responsabilidad por hecho de las cosas a las «*choses dangereuses*», es también ilustrativa al respecto.[105] Un autor informa irónicamente, acerca de este punto, que los jueces franceses han declarado procedente la responsabilidad civil en casos relativos a vehículos (incluidas las bicicletas), árboles, instalaciones eléctricas, sustancias explosivas, pero también al jabón.[106]

A la mención de los bienes riesgosos o peligrosos se debe, con seguridad, más de una cuestionable decisión de nuestro Poder Judicial.

En CAS. n.º 823-2002, por ejemplo, uno de los puntos que los magistrados dan por descontado, inaceptablemente, para formular sus consideraciones sobre un tema de liquidación de daños a la integridad física causados con una motonave (véase *infra*, § 10) es la naturaleza de bien peligroso de esta.

En dicho fallo se lee, sin más, que «al tratarse de un accidente en una motonave calificada como bien riesgoso debe tenerse en cuenta, además, el artículo 1970º del código», y, naturalmente, que «al producirse un daño mediante un bien riesgoso la demandante está obligada a indemnizar».

También se señala que el desperfecto del motor de la nave, que desencadena el accidente, es «un riesgo típico de la actividad de transporte» (véase *infra*, § 10).

Lo anterior es correcto en tanto niega que un hecho semejante pueda considerarse «caso fortuito». La doctrina secunda tal perspectiva, pues no admite que se reconozcan como «causas extrañas inevitables» eximentes de responsabilidad tales como la autocombustión de sustancias inflamables, la ponchadura de una llanta, el mal funcionamiento repentino de los frenos o incluso un malestar que sobreviniera al conductor de un vehículo, entre otros ejemplos.[107]

Ocurre, nada más, que, con lo señalado por la Corte Suprema, como es fácil de apreciar, la característica de «riesgoso» deja de vincularse con el «bien» del que se está tratando y pasa a referirse a la «actividad».

Contradicciones similares se aprecian en nuestra también citada Ley General de Residuos Sólidos. En su artículo 22, subtitulado «definición de residuos sólidos *peligrosos*», se señala que son tales «aquéllos que por sus *características* o el *manejo* al que son o van a ser sometidos representan un

---

[105] *La referencia es de* VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. *Les conditions de la responsabilité. 2.ª ed. En Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. París: L. G. D. J., 1998, p. 575.*

[106] STONE, *Ferdinand S. Op. cit., p. 7.*

[107] COMPORTI, *Marco. Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva. Op. cit., col. 2654.*

riesgo significativo para la salud o el ambiente». Hasta este punto parece que la peligrosidad puede obedecer tanto a las «características» (plano estático) cuanto al «manejo» (plano dinámico) de los residuos, solo que, en la misma ley, la responsabilidad (art. 23.1) recae en «el que causa un daño *durante el manejo* de residuos sólidos peligrosos».

La Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, reconstituida mediante Resolución Ministerial n.° 460-2002-JUS, formula una solución a este problema terminológico, pero atendiendo a un fundamento parcialmente diverso.

El nuevo texto del artículo 1970 pasaría a ser el siguiente: «aquel que por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo». Se propone, pues, omitir la referencia a los bienes riesgosos o peligrosos, porque se asume que esta calificación es

> arbitraria y limitante. Arbitraria, debido a que al determinar el carácter de «peligrosidad», la mayoría de las veces, se confunde la naturaleza del bien con la utilización que se hace del mismo; por ejemplo, un lápiz puede ser calificado como inofensivo, pero si se usa para agredir físicamente a una persona deja de serlo y, en buena cuenta, lo que se debe tener presente es la «actividad», entendida como una práctica reiterada, para la calificación del «riesgo» o del «peligro». Limitante, porque curiosamente, no existe —como en otras experiencias— un precepto general de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por los bienes (sean o no peligrosos). Es en atención a ello que se mantiene la responsabilidad objetiva por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa.[108]

Si es de saludar la decisión de la Comisión en este punto, resulta dudosa la bondad de un cambio que proponga, como «complemento de la reforma introducida» (sic) en el artículo 1970, la eliminación del supuesto de responsabilidad civil por la caída del edificio «para sustituirlo por el de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por los bienes (riesgosos o no, edificios o no), estableciéndose una responsabilidad solidaria entre el propietario y el poseedor».[109] El reformado artículo 1980 señalaría: «El propietario del bien es responsable por los daños que éste cause. Su responsabilidad es solidaria con la del poseedor».

A todas luces, esta propuesta de la Comisión no tiene en cuenta que las finalidades de la norma que se pretende erradicar, inspirada en el Código Civil italiano, siguen teniendo vigencia y conviven en su país de origen, sin

---

[108] AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código civil de 1984», 2005, p. 19 (del documento). En <http://www.minjus.gob.pe>.

[109] *Ib., loc. cit.*

problemas, con la disposición en materia de responsabilidad civil por daños de cosas que se tienen bajo custodia.

También la doctrina ha identificado, en la situación subjetiva de propietario (o de titular de otro derecho —real o personal— de uso y disfrute), uno de los criterios de imputación en la responsabilidad civil,[110] pero se ha advertido, por algún autor, que apartarse de la culpa, en ciertas hipótesis y en tan terminante grado, constituye una «ilusión tan generosa cuanto peligrosa».[111]

Lo cierto es que la responsabilidad del propietario es normalmente reconocida como un supuesto de responsabilidad legal que, asociado a veces con la actividad que involucra a la cosa que es de su dominio, «subentra» bajo el campo de aplicación de determinado criterio de imputación. Ello sucede, por ejemplo, con los artículos 1979 y 1980 del Código Civil peruano, que imputan responsabilidad al propietario de un can y al propietario de un edificio, respectivamente. Más curiosa es la imputación directa de responsabilidad objetiva que realiza la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre en el Perú, ley 27181, que en su artículo 29 establece que

> la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código civil. El conductor, *el propietario del vehículo* y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Lo curioso de esta norma es precisamente su referencia directa al Código Civil como si fuere este cuerpo normativo el que calificara a la actividad de transporte y tránsito terrestre como una actividad «per se» peligrosa o, peor aún, al vehículo automotor como un «bien riesgoso».

Un frecuente y grueso error de muchos de los juristas del *civil law* es el de generalizar y pensar que existen actividades que, en su totalidad, puedan ser llevadas a supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva o subjetiva. Ello dependerá, en realidad, de la identificación de las capacidades de prevención exigibles a los sujetos en cada supuesto en particular y, llegado el caso, de la necesidad de contrastar este hecho con la función de incentivación de actividades.

---

[110] *Bigliazzi-Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. Op. cit., pp. 735, 750 y ss.*

[111] *Busnelli, Francesco Donato. «Principi per l□unificazione del diritto in materia di responsabilità extracontrattuale (Elementi costitutivi della fattispecie, colpa e ingiustizia)». Roma e America. Diritto romano comune, n.º 3, 1997, p. 192.*

Así como no existen actividades que por sí mismas puedan ser calificadas en su totalidad como «riesgosas» (sin perjuicio de considerar una generalidad no absoluta si se reputa que la actividad ya ha alcanzado un aceptable desarrollo tecnológico, como, por ejemplo, la circulación vial, el transporte aéreo, la responsabilidad del productor, etc.), no han faltado autores que consideran que todos los supuestos de responsabilidad sin culpa regulados en leyes especiales deben ser reputados como supuestos de responsabilidad por riesgo.[112]

## 6. Los criterios objetivos de imputación: el riesgo de empresa y la exposición al peligro. Su encuadramiento desde el punto de vista teórico

Como hemos anotado, los adjetivos «riesgo» y «peligro» utilizados en nuestro Código Civil corresponden históricamente a dos teorías perfectamente distinguibles en su origen acerca de la responsabilidad objetiva. Cada una de estas teorías tiene un lenguaje propio y, lo que es más, una de ellas, la teoría de la «exposición al peligro», ha sido formulada como superación de la otra, la teoría del «riesgo».

Tal vez por esta última razón se ha dictaminado que el límite del intento de fundar un sistema moderno de responsabilidad donde coexistan dos reglas generales (subjetiva y objetiva) consiste en lo difícil de derivar una regla de responsabilidad objetiva que sea válida para congregar las diversas *fattispecie* normativas que no se fundan directamente en el criterio de la culpa.[113]

Pero dado que las dos teorías inicialmente señaladas aspiran, precisamente, a dotar de fundamento a la responsabilidad objetiva, rendiremos breve cuenta de ellas.

### *6.1. Riesgo creado, riesgo-beneficio, riesgo de empresa*

Hay que aclarar, previamente, que «riesgo» es un concepto que cobra importancia en el marco de una actividad humana, es decir,

> un fenómeno subjetivizado, atendiendo a la valoración esencialmente económica del *alea* que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. En cambio,

---

[112] *Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. Obligations. T. 1: Responsabilité délictuelle. 5.ª ed. París: Éditions Litec, 1996, § 51, p. 34.*

[113] *Bigliazzi-Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. Op. cit., p. 685.*

> «peligro» es amenaza notable de daño a terceros, grave probabilidad de lesión, derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación. Es una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo aspecto principal resulta de su proyección hacia el exterior, en relación con los terceros amenazados por el daño.[114]

El riesgo «no es más que un aspecto, el aspecto económico del peligro objetivamente considerado».[115] «Peligrosidad» es «imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».[116]

De «riesgo» empieza hablarse, en el terreno que nos interesa, bajo la idea de que quien obtiene un beneficio debe ser responsable por los daños que genere para los demás con tal aprovechamiento. De esta forma comienza a mencionarse en la obra de autores de la primera mitad del siglo XX y para explicar la responsabilidad civil por daños cometidos por animales. Así, por ejemplo, se afirma una máxima latina que, curiosamente, no está presente en las fuentes del derecho romano: «*Ubi commoda ibi et incommoda*» o «*cuius commoda eius incommoda esse debet*» o, con tono menos indirecto, «*ubi emolumentum, ibi onus*»,[117] para decir que «quien tiene como parte de su patrimonio, o en su empresa, animales necesarios, o útiles o necesarios para conservar o desarrollar esta última, responde, aun cuando libre de toda culpa, haya ocasionado daños con tales animales».[118] En la reparación de los daños, se apreciará la «contrapartida de los beneficios procurados».[119]

El empleo de dicha máxima ha sido objeto de una crítica inapelable. Si, por ejemplo, se pretendiera recurrir a la idea del *commodum* para explicar la responsabilidad de los propietarios de automóviles (que es lo que se hace, nótese bien, en aquel sector de nuestra jurisprudencia que parte de la equivocada idea de que los conductores son a priori responsables y de que el automóvil es un bien peligroso que, además, hoy en el Perú, pareciera tener hasta sustento legal con las presunciones de responsabilidad contenidas en los artículos 272, 273 y, sobretodo, 276 del Reglamento Nacional de Tránsito apro-

---

[114] *COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 170.*

[115] *FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla resopnsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1387 (nota 25).*

[116] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 973. También en MARTINI, Demetrio de. I fatti produttivi del danno risarcibile. Padua: Cedam, 1983, pp. 241-242.*

[117] *CARBONIER, Jean. Op. cit., p. 341.*

[118] *PACCHIONI, Giovanni. Diritto civile italiano. Parte II. Vol. IV: «Dei delitti e quasi delitti». Padua: Cedam, 1940, p. 240. De acuerdo, véase VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 159; MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 971.*

[119] *CARBONIER, Jean. Op. cit., p. 341.*

bado por decreto supremo 033-2001-MTC), se pasaría por alto, de modo imperdonable, que el *commodum* o beneficio es, en realidad, como ha advertido algún autor,

> de todos aquellos que utilizan automóviles para transportarse de un lugar a otro, es decir, de la mayor parte de los miembros de la sociedad. Y no debe perderse de vista que el sector de los accidentes automovilísticos es, justamente, aquel en el cual la conciencia social advierte en gran medida la necesidad de evaluar la responsabilidad de los conductores en términos de culpa, con la exoneración de aquellos que se atienen perfectamente a las normas jurídicas y técnicas para el manejo de vehículos. Que yo deba resarcir los daños por un choque que no se ha debido a mi culpa es juzgado, socialmente, como una clara injusticia.[120]

También se ha argumentado que la máxima puede, a lo sumo, justificar una responsabilidad extendida a los riesgos normales (o a los riesgos razonablemente probables), pero no a los riesgos absolutamente fuera de la normalidad, respecto de los cuales no habría razón para asumir que el empresario ha decidido soportarlos libre y espontáneamente.[121]

Hay, en fin, quien manifiesta que las máximas en mención, vagas, indeterminadas e inciertas, no pueden ser invocadas, por carecer de idoneidad, en el campo de la responsabilidad, ni mucho menos ser consideradas como principios generales del derecho;[122] y quien recuerda que la responsabilidad civil, en la figura bajo examen, se aplica incluso a quienes no obtengan ninguna «utilidad» o «beneficio» por el uso, por ejemplo, de una cosa.[123]

También de las teorías que recurren a las ideas de «riesgo-beneficio» (que aprecia en la responsabilidad por riesgo la contrapartida de los beneficios logrados por quien ejerce la actividad riesgosa) y del «riesgo creado» (que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico para pasar a asociarla, directamente, con el dato objetivo de la creación del riesgo) se ha afirmado que representarían no otra cosa que acuñaciones de «fórmulas descriptivas, privadas de toda relevancia sistemática».[124]

---

[120] *Bianca, Cesare Massimo. «La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell□ilecito». Op. cit., pp. 203-204.*

[121] *Forchielli, Paolo. «Intorno alla responsabilitá senza colpa». Op. cit., p. 1388.*

[122] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 153.*

[123] *Monateri, Pier Giuseppe. «La «custodia» di cui all□art. 2051 c.c.». Responsabilità civile e previdenza. Vol. XLVII, 1982, p. 763. La posición restrictiva contraria era defendida, entre otros, por Venditti, Arnaldo. «Sull□esercizio di attività percolose». Op. cit., p. 745.*

[124] *Busnelli, Francesco Donato. «Illecito civile». En Enciclopedia Giuridica Treccani. Vol. XV. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 4 (de la separata).*

La aparición del «riesgo de empresa» es posterior, y se guía, ante todo, por las pautas de un análisis económico del concepto de «riesgo»: «la situación de la que puede derivar un daño según un índice normal de probabilidades».[125] El fin de la responsabilidad objetiva consistiría en «presionar para la eliminación del riesgo socialmente injustificado».[126] El empresario es visto como aquel que está en condiciones de soportar el riesgo por él creado, asumiendo, eventualmente, un seguro específico y proveyendo a destinar sumas para el resarcimiento de daños causados por sus actividades, al tiempo que se compensa con un correspondiente aumento del precio de los bienes y servicios que produce.[127] La responsabilidad objetiva por riesgo de empresa cumple, desde tal punto de vista, una función económica que la justifica: hacer que la empresa soporte el riesgo que le concierne «como parte de sus costos, de forma tal que se determine la sola supervivencia de las empresas y de los métodos de producción socialmente activos»:[128]

> la empresa que implique un riesgo de daño a terceros superior al normal y que ocupe, por ello, una posición marginal en el mercado, no podrá realizar la traslación del riesgo; el costo de éste quedará a su cargo, determinará una reducción de los beneficios y, de tal modo, una presión para la racionalización del método productivo o, si esto no es posible, para el cierre de la empresa, o de una rama marginal de ella».[129]

La función que se indica está vinculada con la teoría económica de la distribución de costos y beneficios como condición determinante de las decisiones en la producción:

> la decisión sobre el qué y el cómo producir se realizan, por lo general, sobre la base de criterios económicos: se produce un cierto bien, utilizándose un cierto método de producción atendiendo a que el rédito a producir supere los costos. Puede afirmarse, en principio, y respecto de la mayor parte de los sectores productivos, que tales decisiones, realizadas en el ámbito de las distintas empresas, tienen también un valor social, cuando la cuenta del activo y del pasivo de la empresa reflejen, respectivamente, el valor producido y el valor destruido por ella. Ahora bien, es

---

125 *Tucci, Giuseppe. Op. cit., p. 14.*

126 *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 37.*

127 *Trimarchi, Pietro. «Il «caso fortuito» quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, año XIII, 1959, p. 828.*

128 *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 10.*

129 *Ib., p. 249.*

> claro que del valor destruido por la empresa forman parte no sólo las energías de trabajo, el material empleado y el conjunto de las máquinas, sino también los daños que el ejercicio de la empresa causa regularmente a terceros. Por ello, hay que concluir que si el sistema jurídico no atribuye al empresario el costo del riesgo creado por éste, puede ocurrir que empresas marginales o sectores marginales de empresa sean activos desde el punto de vista del empresario específico, mientras que desde el punto de vista social son pasivos, y destruyen un valor mayor del que producen, y se mantienen en vida sólo en cuanto una parte de su pasivo social, es decir, el costo del riesgo por ellas introducido en la sociedad, sea pagado por el público.[130]

La responsabilidad civil debe recaer en quien «tiene el control de las condiciones generales del riesgo, y tiene la capacidad de traducir el riesgo en costo, insertándolo armónicamente en el juego de los beneficios y pérdidas, con el instrumento de los seguros o de la autoprovisión».[131] Transformada en costo, a través del mecanismo de los seguros, la responsabilidad «por riesgo de empresa» induce, hipotéticamente, al empresario «a adoptar medidas para la reducción del riesgo, de la cual él saca ventaja, porque ésta implica una reducción de las primas».[132]

Se dice entonces que la responsabilidad objetiva, en suma, «puede presionar para la adopción de ulteriores medidas de seguridad si su costo es inferior al costo del riesgo que se elimina recurriendo a ellas; además, puede promover la investigación técnica y científica, para encontrar nuevas medidas»,[133] conclusión última que, sin embargo, puede resultar bastante discutible.

La teoría del «riesgo de empresa» diferencia las actividades «económicas» de las actividades «biológicas». Se considera que la responsabilidad objetiva cumple su función si es aplicada al ejercicio de las primeras, que se caracterizan por ser fruto de decisiones económicas y por presentar un «mínimo de continuidad y/o de organización», mientras que las actividades «biológicas» consisten en «una multiplicidad de actos dispares y no organizados» y en donde «no existen «condiciones generales del riesgo». Por esto, la responsabilidad por culpa aparece del todo suficiente».[134]

---

[130] *TRIMARCHI, Pietro. «Il "caso fortuito" quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». Op. cit., p. 829.*

[131] *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 50.*

[132] *Ib., p. 41.*

[133] *TRIMARCHI, Pietro. «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En Fondamento e funzione della responsabilità civile. Op. cit., p. 32.*

[134] *TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 43-44, quien sigue a PACCHIONI, Giovanni. Op. cit., p. 214.*

Hay que decir, sin embargo, que la distinción anterior ha sido vista como uno de los puntos débiles de la teoría examinada, dada la dificultad que se presenta a la hora de distinguir entre actividades «biológicas» y «económicas». La impresión, más realista, que tienen algunos autores es que toda actividad, «por más marginal o irrelevante que sea, tiene siempre un contenido económico».[135]

Se precisa, en fin, que todo el discurso precedente no solo es válido «para las empresas particularmente peligrosas: toda empresa, por implicar organización y continuidad, si ocasiona daños, grandes o pequeños, frecuentes o infrecuentes, los ocasiona con cierta regularidad, calculable por largos períodos, y por ello el riesgo correspondiente puede ser traducido en un costo».[136]

Se concluye entonces afirmando que

> el término «actividad peligrosa» implica la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio, y viene referido normalmente solo a una actividad en la cual el riesgo es particularmente evidente, cuales son el uso de explosivos o de sustancias químicas venenosas. Empero […] la aplicación de la responsabilidad objetiva debe ser más amplia, con la finalidad de comprender todos los casos en los cuales el riesgo tenga grandes dimensiones, no irrelevantes, para así ser calculable y traducible en costo: tales dimensiones y tal cualidad, el riesgo puede adquirirlas sólo a través de la continuidad, la repetición y la organización de actos, los cuales, singularmente considerados, aparecen inocuos. Dado este presupuesto, la responsabilidad objetiva puede encontrar una aplicación económica, y el mayor o menor grado de peligro se traduce automáticamente en una responsabilidad más o menos frecuente, más o menos costosa.[137]

Conocer esta teoría es importante para apreciar, con mayor claridad, lo que de ilógico tiene el citado proyecto de la Comisión que trabaja en la reforma de nuestro Código Civil cuando pretende hacer responsables «solidarios» al propietario y poseedor del bien (véase *supra*, § 5). Hace más de cuarenta años esta solución fue acertadamente juzgada como un mero expediente para hacer más fácil la acción del damnificado y de garantizarle, como sea, la obtención de un resarcimiento, pero con la imperdonable ignorancia de que así se atribuye la responsabilidad,

---

[135] *Alpa, Guido y Mario Bessone. I fatti illeciti. 1.ª ed. En Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno. Turín: UTET, 1982, p. 316. Similares son las críticas formuladas por Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., pp. 160-161.*

[136] *Trimarchi, Pietro. Istituzioni di diritto privato. Op. cit., § 91, p. 154.*

[137] *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. Op. cit., pp. 214-215.*

> no sólo a quien puede controlar de modo directo las condiciones generales del riesgo y puede calcular la medida de éste, sino también a quien no tiene dicha posibilidad o no la tiene en medida adecuada. Un propietario no podría dar una cosa en arrendamiento o por vía de otro contrato sin sentirse constreñido a realizar una evaluación de las dimensiones del riesgo ligado con el particular uso que se hará de ella o a tratar de influir en dichas dimensiones, mediante el ejercicio de presiones o reservándose la posibilidad de imponer directivas al arrendador o a quien recibe la cosa.[138]

En Italia se presentó el siguiente caso: un pescador sufrió lesiones por el desprendimiento de la rama de un árbol que se encontraba en un terreno que la asociación a la que él pertenecía había alquilado a la municipalidad del lugar. Formuló, entonces, una acción contra la asociación y ganó el pleito, pero la ejecución de la sentencia resultó infructuosa. Decidió, entonces, demandar a la municipalidad, en tanto y en cuanto propietaria del terreno. Como era de esperar, la doctrina ha advertido aquí, con justicia, no otra cosa que la búsqueda de dinero donde este no falta.[139] Pero la Corte di Cassazione italiana sentenció que lo correcto era, ni más ni menos, «imputar la responsabilidad a quien se encuentra en condiciones de controlar los riesgos inherentes a la cosa».

De matriz ideológica distinta es el análisis económico del derecho que aprecia el fundamento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas teniendo en cuenta las condiciones de prevención unilateral (*infra*, § 9). El que ejerce una actividad peligrosa —se sostiene, en síntesis— «es el sujeto que reviste la calidad de dañador potencial, así como el único que tiene la competencia tecnológica para reducir los accidentes ocasionados por su actividad».[140]

Aplicando este último esquema a la responsabilidad del fabricante (*products liability*), resulta que, en la relación productor-consumidor, el primero «es el único que puede controlar tecnológicamente la presencia de defectos *ex origine* en el producto (en oposición, es el consumidor el único que puede controlar el uso normal o anormal del producto)»;[141] pero resultará interesante apreciar cómo, a veces, aun en supuestos de prevención unilateral,

---

[138] *Ib., p. 256.*

[139] *Monateri, Pier Giuseppe. «La responsabilità civile». En Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco. Turín: UTET, 1998, p. 1048.*

[140] *Ib., p. 44. Véase también 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 Leysser L. León (ed.). Estudios sobre la responsabilidad civil. Lima: ARA editores, 2001, p. 272 y ss.*

[141] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 44.*

criterios de imputación objetivos pueden no ser los más eficientes para proveer una solución adecuada de responsabilidad, incluso en casos de responsabilidad del fabricante o de responsabilidad por consumo de productos.

### *6.2. Exposición al peligro*

Según esta teoría, «quien crea y mantiene fuentes de exposición al peligro para la colectividad, está en todos los casos obligado al resarcimiento de los daños consiguientes, al margen de su culpa o de la de sus subordinados».[142]

Se admite, cómo no, que

> toda actividad o comportamiento humano, como toda situación, puede conllevar un peligro para terceros, pero es también cierto que algunas actividades implican un peligro tan remoto, hipotético y leve que no son tomadas en consideración, en modo alguno, desde este punto de vista; pero hay, igualmente, actividades o situaciones que la observación estadística y la experiencia sindican como productivas y causantes de daños relevantes para terceros, atendiendo a la frecuencia y a la entidad del daño. Estas últimas son las actividades que, por antonomasia, se califican como peligrosas: y son, además, las situaciones de las que puede derivarse un concreto peligro: peligro entendido en su significado específico, como potencialidad notable de daño. Tal potencialidad dañosa debe deducirse no sólo de la frecuencia de los accidentes causados por aquella cosa o actividad en un cierto período de tiempo, sino también de la dimensión o gravedad de los siniestros, aun cuando sean menos frecuentes.[143]

La exposición al peligro, en su versión más cercana a nuestra familia jurídica, se nutre de la doctrina alemana, que habla de «*Gefährdungshaftung*».[144] Dicha expresión acuña la siguiente idea: «responde sin culpa aquel de quien depende el control de la fuente de peligro de donde se ha derivado el daño. Se trata de una responsabilidad objetiva que no sanciona un comportamiento, y que se limita a ser imputación del daño a aquel que obtiene ventaja de una cierta actividad o situación».[145]

La diferencia entre la teoría del riesgo y la teoría de la exposición al peligro radica en que

---

[142] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 176.*

[143] *Comporti, Marco. «Responsabilità per esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 173.*

[144] *Larenz, Karl y Claus-Wilhelm Canaris. Lehrbuch des Schuldrechts. Vol II. Parte 2: Besonderer Teil. 13.ª ed. Múnich: Beck, 1994, p. 610 y ss.*

[145] *Castronovo, Carlo. Problema e sistema nel danno da prodotti. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 560.*

> a los efectos de la responsabilidad civil, mientras que con la regla del riesgo sólo se consigue establecer que el resarcimiento de ciertos daños constituye una carga para la empresa (la cual debe tenerla en cuenta en su gestión económica), con la regla del peligro se analiza la relación que media entre sujeto causa del peligro y sujeto efectivamente damnificado, y si nos preguntamos por este daño, aunque no sea imputable a culpa de quien lo ha causado, debe concluirse que deberá ser resarcido de todas maneras, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad con la cual ha sido producido o la peligrosidad de los medios de los cuales el agente se ha servido.[146]

Así, pues,

> la relación entre responsabilidad objetiva y peligro puede […] justificarse jurídicamente sobre la base del principio de que aquel que ejercita actividades peligrosas o que, de cualquier forma, realiza situaciones que conllevan una elevada probabilidad de daño para los terceros, debe responder de todos los daños que culposa o no culposamente se deriven de tal actividad o situación: y esto en consideración también del hecho de que es aquél (y no el tercero), si bien dentro de ciertos límites, quien puede dominar o evitar los peligros creados.[147]

Con este planteamiento se supera uno de los límites de la teoría del riesgo de empresa. Como se ha precisado, esta teoría, modelada sobre la base de

> una interpretación microeconómica de las relaciones de mercado vinculadas con el ejercicio de actividades empresariales resulta, de por sí, objetivamente funcional para con las estrategias de empresa. Pero, justamente por estar ligada con el ejercicio de actividades profesionales organizadas con fines de lucro, esta noción de riesgo no puede extenderse a todo tipo de actividad riesgosa que no sea ejercida de forma empresarial. No es correcto, por lo tanto, hablar de «riesgo» (ni de responsabilidad «por riesgo») todas las veces que se pretende justificar la responsabilidad objetiva de individuos que no son «empresarios» y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial.[148]

Incluso desde la perspectiva subjetivista se ha reconocido a la teoría de la exposición al peligro «el mérito de su mayor capacidad de síntesis y, en particular, la de comprender también las *fattispecie* de daño no vinculadas con actividades lucrativas».[149]

Desde una perspectiva crítica, sin embargo, se ha denunciado que es difícil que la categoría del «peligro» pueda constituir un título autónomo

---

[146] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 171.*

[147] *Ib., p. 175.*

[148] *Alpa, Guido y Mario Bessone. I fatti illeciti. Op. cit., pp. 304-305.*

[149] *Forchielli, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1387 (nota 25).*

de responsabilidad, porque «el hecho de que una actividad haya ocasionado un daño permite sólo afirmar *ex post* el carácter «peligroso» de tal actividad».[150] Por ello, en los ordenamientos jurídicos en los cuales «se atribuye peculiar y autónoma relevancia a dicho criterio como fuente de responsabilidad, se requiere, generalmente, una calificación ulterior, en el sentido que la actividad resulte «anormalmente» o «altamente» peligrosa».[151]

Asimismo, se ha escrito que asumir la creación de peligros como justificación del resarcimiento es continuar proclamando la desaconsejable visión de la responsabilidad civil como sanción de comportamientos (ver al peligro, de por sí, como una conducta antisocial a ser reprimida). De igual manera, no sería teóricamente correcto considerar que el fin del ordenamiento sea reducir el peligro, porque es contra el daño, más bien, que se orienta el régimen de la responsabilidad.[152]

Para culminar este punto, merece destacarse la propuesta, en muchos aspectos equivalente a la teoría de la exposición al peligro, de recurrir a la responsabilidad objetiva todas las veces que se lleven a cabo actividades con mayor índice de riesgo que las demás. Con tono persuasivo y entendiendo el «riesgo» en sentido amplio, casi como sinónimo de «peligro», se especula que, si todos andaran a pie, en lugar de utilizar automóviles, el riesgo de ocurrencia de daños sería más bajo, por lo que quien decide utilizar un automóvil, o sustancias como líquidos inflamables o ácidos, incrementa el riesgo de generación de daños.[153]

Ahora bien, el criterio del peligro da la impresión de informar algunas normas contenidas en nuestra legislación especial.

Aquí nos limitaremos a recordar que, según el Reglamento Nacional de Tránsito,

> el que ejecute trabajos en la vía pública, está obligado a colocar y mantener por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro y tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos. Debe además dejar reparadas dichas vías en las mismas condiciones en que se encuentre el área circundante, retirando la señalización, materiales y desechos oportunamente (art. 39, primer párrafo).

---

150 *SALVI, Cesare. Op. cit., p. 1232.*

151 *Ib., loc. cit.*

152 *CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». Op. cit., p. 8.*

153 *GALLO, Paolo. Introduzione al diritto comparato. Op. cit., p. 85, quien engloba de esta manera, a decir verdad inaceptablemente sintética, las más bien profícuas reflexiones contenidas en un famoso ensayo de FLETCHER, Georges P. «Fairnes and utility in tort law». Harvard law review, vol. 85. 1971-1972, p. 537 y ss.*

En este caso, la razonablemente severa regla de responsabilidad civil, fijada en la misma disposición, es que «serán solidariamente responsables de los daños producidos en accidentes por incumplimiento [de tales deberes] quienes encarguen la ejecución de la obra y los que la ejecuten» (art. 39, segundo párrafo).

## 7. Cuestiones aplicativas: el «riesgo» o «peligrosidad» en la casuística

En ausencia de definiciones legislativas, corresponde a la doctrina, naturalmente, proponer qué debe entenderse por «riesgo» o «peligrosidad» de las actividades.

En esta labor se ha percibido, lúcidamente, la primera tarea de quienes estudian esta hipótesis de responsabilidad civil.[154] No hay que olvidar, además, que la actividad definitoria es asunto de teóricos y no de jueces,[155] ni tampoco que los criterios brindados por las cláusulas normativas generales «no constituyen solamente un instrumento lógicamente necesario para la vinculación del hecho dañoso con un sujeto responsable de su resarcimiento: ellos cumplen también la función de circunscribir la operatividad de la cláusula».[156]

Se ha escrito que, en este ámbito, las referencias de la doctrina serían incluso más atendibles que las de la jurisprudencia, siempre y cuando estén apoyadas en un rico análisis de los ordenamientos extranjeros en los cuales los problemas definitorios de este tipo ya han sido resueltos.[157]

Sin embargo, puesto que nos encontramos ante una cláusula normativa general, creemos que a lo que hay que apuntar es a que los jueces se formen una orientación concreta al respecto, coherente y en sintonía con el devenir del tiempo.

Sin ser jamás fuentes del derecho, la doctrina y la jurisprudencia contribuyen, así, a la realización del principio de efectividad de las normas. Aquí la doctrina elabora las directrices de interpretación y traza los confines operativos de la cláusula general. A la jurisprudencia, en cambio, toca «la tarea inalienable de proceder, siguiendo tales directrices y dentro de dichos confines,

---

[154] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1016.*

[155] *Sacco, Rodolfo. «Dottrina (fonte del diritto)». En Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Vol. VII. Turín: UTET, 1991, p. 217.*

[156] *Rodotà, Stefano. Op. cit., p. 145.*

[157] *Bessone, Mario. «La responsabilità del produttore». Responsabilità civile e previdenza, año XLII, 1977, p. 201.*

a una obra incesante de selección y catalogación de la casuística provista por la experiencia».[158]

No cabe duda de que la peligrosidad o el riesgo tienen que ser concebidos con un criterio rigurosamente objetivo dentro de la perspectiva clásica del *civil law*. Ello significa:

a) En primer lugar, las condiciones particulares del agente que realiza la actividad y del damnificado deben permanecer al margen del examen: cualquiera puede ser responsable por el ejercicio de una actividad peligrosa.[159] Por esta razón, las actividades de las que nos habla el artículo 1970 no se restringen a aquellas que tienen fines de lucro o de utilidad personal. Tampoco se excluyen las situaciones de riesgo o peligro imputables a la Administración Pública.
Se anota, en tal sentido, que el criterio de imputación analizado

> no sólo se aplica a la actividad de los particulares, del mismo modo que no se basa en la ventaja económica que se pueda obtener de ella: de lo contrario, sería necesario excluir, paradójicamente, del ámbito de aplicación de la norma no sólo a la Administración Pública, en lo que respecta a la actividad de carácter público, sino también a todo particular que persiga, por ejemplo, finalidades filantrópicas, y con ello se realizaría una discriminación que no respeta la letra ni la *ratio* de la disposición.[160]

Respecto de la Administración Pública sería contrario a la razón, por lo demás, asumir que todo cuanto ella realiza se encuentra revestido de «legitimidad» o de «licitud», por lo cual no existiría posibilidad de considerarla civilmente responsable.
Este «cuasi principio» —si así se le puede denominar— ha sido fundadamente negado por la doctrina, que lo ha circunscrito, aplicativamente, al ámbito de la «ejecutoriedad del acto administrativo, es decir, sólo al poder que tiene la Administración para realizar directamente sus propias pretensiones jurídicas fundadas en actos administrativos, sin tener que dirigirse previamente a la autoridad judicial».[161]

---

[158] *Busnelli, Francesco Donato. «Principi per l'unificazione del diritto in materia di responsabilità extracontrattuale». Op. cit., p. 193.*

[159] *Bigliazzi-Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. Op. cit., p. 760; Roppo, Vincenzo. «Clausole generali e fattispecie tipiche nella disciplina della responsabilità per trattamento di dati personali». En Luciana Cabella-Pisu y Luca Nanni (coords.). Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta. Padua: Cedam, 1998, p. 424.*

[160] *Sciso, Carla Maria. Op. cit., p. 552.*

[161] *Monateri, Pier Giuseppe. «Art. 2050 e parametri giuridici di controllo sull'attività della p.a.». Responsabilità civile e previdenza, vol. xlvii, 1982, p. 378.*

En relación con este punto, se ha creado unanimidad entre los autores[162] acerca de la responsabilidad civil que cabe imputar a la Administración por los llamados «peligros ocultos» (*insidie*) de las calles, pistas y edificios destinados a uso público, inclusive.

Recientemente, la Corte di Cassazione italiana ha reafirmado tal parecer al casar una sentencia favorable a la municipalidad de Nápoles, con la cual esta quedaba exenta de pagar el resarcimiento a una dama que se hirió de consideración al sufrir una caída en un centro polideportivo por causa de un defecto en la estructura que no había sido convenientemente señalizado.[163]

La única excepción a esta correcta interpretación parece estar dada, por razones que no necesitan mayor comentario, para los casos en que los daños se producen en sedes tan amplias que resulta objetivamente imposible para la Administración proveer lo necesario para neutralizar los peligros allí surgidos.[164]

Pasando a otro ejemplo, pero siguiendo el mismo orden de ideas, no es dable excluir, en el plano de la legitimación activa en el supuesto de responsabilidad aquí analizado, a aquellos que participan fácticamente de la gestión de la actividad peligrosa, cuya esfera de intereses podría terminar confundiéndose con la del que ejerce dicha actividad:[165] en otras palabras, un trabajador, por ejemplo, podría demandar por daños a la administración de la empresa que ejerce la actividad peligrosa, a la cual, al mismo tiempo, él presta servicios.[166]

Lo que se acaba de afirmar no se altera por la circunstancia de que las más de las veces la legitimación pasiva corresponda, en estos casos, a un empresario. Ello se debe a que «el ejercicio de una actividad peligrosa comporta, normalmente, la existencia de una serie de actos coordinados y de instrumentos organizados que presuponen, justamente, la existencia de una empresa».[167] Respecto de estos casos, se considera que el riesgo

---

[162] *Ya desde* GERI, *Vinicio. La responsabilità civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1974, p. 154 y ss.*

[163] *Sentencia n.□ 19653, «Conte vs. Comune di Nápoles», del 1 de octubre de 2004, publicada en Giurisprudenza italiana, 2005, p. 243 y ss.*

[164] *La referencia es de* PUGNO, *Stefano. «La pubblica amministrazione è custode degli edifici pubblici ai sensi dell□art. 2051 c.c.». En Giurisprudenza italiana, 2005, p. 247.*

[165] FACCI, *Giovanni. «La responsabilità da attività pericolose». En Massimo Franzoni (ed.) Le obbligazioni. Vol. II: «Le obbligazioni da fatto illecito». Turín: UTET, 2004, pp. 268.*

[166] *En contra, véase* SCISO, *Carla Maria. Op. cit., p. 553, quien considera que, en dicha hipótesis, solo sería aplicable el régimen legal de accidentes de trabajo.*

[167] FRANZONI, *Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., p. 485.*

existe «*in re ipsa*» en «el hecho de utilizar maquinarias complejas o fuerzas de trabajo a tal punto numerosas que impiden un efectivo control de las aptitudes y capacidades individuales, o en el resultado del trabajo desarrollado».[168]

b) En segundo lugar, el análisis objetivo de la peligrosidad implica que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las conductas peligrosas aisladas, o sea, aquellas que no ostentan la característica de la continuidad. Tal sería el caso, formulado con fines didácticos por la doctrina,[169] de la persona que entra en un restaurante en hora punta y se pone a jugar con una pistola cargada. Aquí nos hallamos frente a un acto «aislado» de imprudencia, y, si se ocasiona un daño, el causante será hallado responsable mediante la cláusula normativa general de responsabilidad subjetiva y no por la realización de una actividad peligrosa.

c) En tercer lugar, el peligro representado por la peligrosidad debe ser el de un daño «típico e inmanentex. En otras palabras, la potencialidad dañosa de la actividad tiene que ser superior a la normal.[170] Y, como hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, la cantidad de daños habitualmente causados por la actividad y la gravedad de los perjuicios que pueden suscitarse, se puede sostener que la actividad es peligrosa «cuando estadísticamente ocasiona muchos accidentes, y cuando amenaza con ocasionar accidentes muy graves».[171]

Ciñéndonos a las tres consideraciones anteriores, pueden enumerarse algunos supuestos de actividades peligrosas reconocidas por la jurisprudencia y doctrina extranjeras, dejando a un lado, claro está, aquellos que cuentan con legislación especial.

En tal sentido, hay unanimidad en identificar como peligrosa la actividad de producción y distribución de energía eléctrica;[172] la producción y distribución de gas en balones o de gas metano; la tala de árboles; la construcción (excavación, edificación, etc.);[173] la organización de ciertas compe-

---

[168] *Gazzoni, Francesco. Op. cit., p. 703.*

[169] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1016.*

[170] *Gentile, Guido. Op. cit., p. 105; Montel, Alberto. «In tema di responsabilità ex art. 2050 cod. civ.». En Problemi della responsabilità civile e del danno. 2.ª ed. aumentada. Padua: Cedam, 1971, p. 617.*

[171] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1019.*

[172] *Visintini, Giovanna. La responsabilità civile nella giurisprudenza. Op. cit., p. 394 y ss.*

[173] *Capocaccia, Anna. «Responsabilità (diritto civile)». En Enciclopedia forense. Vol. vi. Milán: Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, 1961, p. 369.*

ticiones deportivas y recreativas (motociclismo en circuitos abiertos al tráfico, cacería, esquí, por ejemplo); la administración de piscinas[174] y parques de diversiones; la fabricación, importación y distribución de fármacos;[175] el transporte y la conservación de sustancias combustibles fácilmente inflamables;[176] la actividad pirotécnica; la utilización de explosivos con finalidades de extracción de minerales; y hasta la llamada «fangoterapia».[177] En algunos supuestos, también la organización de actividades de carácter folclórico o la gestión de un servicio de sauna.[178] La actividad de equitación en la que tomen parte personas no instruidas en dicho deporte o la organización de un partido de fútbol profesional pueden llegar a cobrar relevancia jurídica en este ámbito.[179]

En cuanto al empleo de la energía nuclear, la pauta en los distintos ordenamientos jurídicos ha sido la consagración de una responsabilidad objetiva absoluta, por «ultrarriesgo», normalmente a través de la legislación especial.[180] Con alguna razón se duda, sin embargo, que, aun en tal supuesto, se tengan que resarcir los daños suscitados por eventos de carácter bélico o por guerras civiles, o los ocasionados —nótese el tinte subjetivista— por «culpa inexcusable» de la propia víctima.[181]

El severo, pero justificado, criterio de la responsabilidad objetiva absoluta informa, asimismo, algunas leyes especiales que se han dado para regular la responsabilidad por daños causados por objetos caídos del espacio, y los daños causados por aeronaves a personas o cosas en la superficie.[182] En Francia, la reciente ley 2003-669, del 30 de julio de 2003, reformadora de la normativa en materia ambiental, fija el régimen de «prevención de los riesgos tecnológicos y naturales, y de resarcimiento de los daños».[183]

La experiencia foránea es también importante para saber en qué casos, por el contrario, no estamos ante actividades peligrosas.

---

[174] *Montel, Alberto. Op. cit., p. 615 y ss.*

[175] *Bianca, Cesare Massimo. Diritto civile. Vol. v: La responsabilità, p. 706; Gazzoni, Francesco. Op. cit., p. 705.*

[176] *Somma, Alessandro. «Le fonti di notevole pericolo nelle esperienze italiana e tedesca». En Luciana Cabella-Pisu y Luca Nanni (coords.). Op. cit., p. 445.*

[177] *Recano, Paolo. La responsabilità civile da attività pericolose. Padua: Cedam, 2001, p. 273.*

[178] *Ib., pp. 213 y 222.*

[179] *Facci, Giovanni. Op. cit., pp. 272 y 273.*

[180] *Stone, Ferdinand S. Op. cit., p. 54 y ss.*

[181] *Grassetti, Cesare. Op. cit., col. 54.*

[182] *Comporti, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2657.*

[183] *Grymbaum, Luc. Op. cit., p. 26.*

La doctrina sugiere el siguiente criterio: no son peligrosas las actividades, ni siquiera las más difíciles, que, «según un criterio de experiencia práctica y de normalidad de acaecimiento, no pueden producir daños si no es como efecto de una, aun cuando mínima, falla humana».[184]

Aquí hay tres supuestos en los cuales no necesariamente se observa la indicación anterior, pero que, por su importancia, son de mencionar: la actividad médica (incluso en los supuestos de daños producidos en terapias de *electroshock* y de cirugía); la actividad bancaria; y las actividades accesorias, colaterales o sucesivas respecto de una actividad principal peligrosa.

En el primer caso, se dice que hay que tener en cuenta que la actividad médica (y, más en general, el ejercicio de las profesiones intelectuales) pertenece al ámbito contractual (con inclusión de las relaciones que no tienen origen en contratos, sino que nacen del «contacto social») y dispone, en nuestro medio, de un régimen particular de responsabilidad, a saber: el previsto en el artículo 1762 del Código Civil y en la Ley General de Salud.

La actividad terapéutica-sanitaria, se dice, «no puede ser calificada como peligrosa: no lo es ni por naturaleza ni por los medios adoptados, atendiendo a la función que éstos cumplen. Opinar lo contrario equivaldría a calificar como peligrosa la actividad de cirugía por el solo uso del bisturí».[185]

Con agudeza, sin embargo, se advierte que las consideraciones anteriores no comprenden la experimentación humana, que es de por sí peligrosa,[186] ni la actividad de preparación de sangre para su empleo en transfusiones.[187]

En Alemania, por ejemplo, la ingeniería genética es regulada por una ley especial (*Gentechnikgesetz*, del 20 de junio de 1990) que consagra un sistema de responsabilidad objetiva absoluta, inspirado en la prácticamente unánime identificación de dicha actividad como «fuente de notable peligro».[188]

Pero ha sido advertido ya por algún autor, con carácter general, que, dependiendo del progreso alcanzado por la ciencia y la técnica, áreas médico-quirúrgicas que tradicionalmente fueron consideradas dentro del ámbito de operatividad de la cláusula general normativa por culpa, son hoy reputadas como áreas de dominio de la responsabilidad por riesgo, tales

---

[184] MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 982.

[185] MONTEL, Alberto. Op. cit., p. 621.

[186] BIANCA, Massimo. Diritto civile. Vol. V: La responsabilità, p. 707.

[187] La referencia es de FACCI, Giovanni. Op. cit., p. 277.

[188] LARENZ, Karl y Claus-Wilhelm CANARIS. Op. cit., p. 642; FEDKE, Jörg y Ulrich MAGNUS. Op. cit., p. 160.

como la del médico cirujano en operaciones de fácil ejecución, la del cirujano plástico o la del médico dentista.[189]

En el segundo caso que señalábamos, relativo a las actividades bancarias, a pesar de las alegaciones de clientes que han sido víctimas de daños durante robos perpetrados en oficinas de bancos, también hay que descartar que tales actividades sean intrínsecamente peligrosas.

En un caso ventilado ante un tribunal genovés, se pretendió hacer responsable a un banco con la curiosa alegación de que el dinero constituye una *vis atractiva* para los criminales. El juez, con acierto, señaló que, de producirse dichos daños (lesiones, sustracción de dinero con pérdida de la vida, inclusive), ellos no derivarían directa ni indirectamente del ejercicio de la actividad bancaria, sino «de la deliberada voluntad de delinquir ulteriormente por parte de los agentes, en el transcurso de la acción criminal programada».[190]

En el tercer caso, creemos que no pueden considerarse actividades peligrosas aquellas que revisten un carácter accesorio, colateral y/o sucesivo a una actividad que sí es intrínsecamente peligrosa.

Aquí lo que puede llevar a confusión al intérprete es el nexo de interdependencia económica entre tales actividades y sus agentes.

Empero, y como explica la doctrina, lo relevante para una correcta aplicación de la norma evaluada es establecer si la objetiva peligrosidad de una actividad precisa puede considerarse causalmente relacionada con el evento dañoso. Por ejemplo, el acopio de madera en la fase previa a los trabajos de un aserradero no es actividad peligrosa, pero el aserrado de la madera sí lo es. En cambio, tanto la distribución cuanto el ciclo productivo del gas metano se consideran, por igual, actividades peligrosas.[191]

La regla de la responsabilidad por actividad peligrosa, introducida por el codificador italiano e importada por el nuestro, ha dado ulterior muestra de su ductilidad al ser reconocida, legislativamente, como el criterio por aplicar en los casos de daños cometidos por efecto del tratamiento de datos personales.

En tal sentido, el muy reciente *Codice della Privacy*, decreto legislativo 196 de 2003, contiene una norma específica de reenvío (art. 15) de los daños ocasionados por efecto del tratamiento de datos personales a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, regulada en el artículo 2050 del Código Civil italiano. Este es el mismo camino que se había

---

[189] *FRANZONI, Massimo. «La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato». Responsabilità, comunicazione, impresa, año II, n.º 2, 1997, p. 320.*

[190] *La referencia es de RECANO, Paolo. Op. cit., p. 290.*

[191] *Los ejemplos son de SCISO, Carla Maria. Op. cit., pp. 559-560.*

seguido ya en la derogada «ley de protección de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales», n.º 675, de 1996 (art. 18), en su momento apreciado por la doctrina italiana como el mejor coincidente con las líneas fundamentales trazadas por el derecho comunitario europeo en materia de responsabilidad objetiva.[192]

## 8. La prueba y la decisión judicial en torno del riesgo o peligrosidad

Se ha observado que el análisis de la causalidad por parte de los jueces asume mayor importancia en los supuestos de responsabilidad objetiva: si se prescinde «de un análisis en términos de culpa del sujeto responsable, se hace imprescindible la demostración de una conexión causal incontrovertible entre el daño y la cosa o la actividad del que éste ha derivado».[193]

Quien invoca en su favor el artículo 1970 del Código Civil tiene que demostrar, entonces y esencialmente, el nexo causal entre el genérico ejercicio de la actividad y el daño producido. Esto significa para algunos que, a la hora de probar, no hay que prestar atención a una específica acción u omisión del que ejerce la actividad, sino que basta que el nexo causal exista, en términos de probabilidad, respecto del daño producido. Al juez le corresponde considerar si el evento lesivo se ha presentado como una consecuencia probable de la actividad peligrosa, pues no hay que olvidar que se trata de una responsabilidad por riesgo típico de la actividad emprendida.[194]

La experiencia del país de donde proviene la norma examinada enseña que la potencialidad dañosa de la actividad debe ser evaluada por la magistratura según el criterio de la normalidad media, la cual será deducida de datos estadísticos y elementos técnicos, pero sin dejar de atender a las nociones de la experiencia común. En su análisis, el juez puede tener en consideración, por ejemplo, el hecho de que la actividad se encuentre sometida legalmente a la asunción de medidas de precaución o al requisito de la previa autorización de la Administración Pública. También pueden tomarse en cuenta los índices de riesgo indicados por las compañías de seguros y, en especial, la existencia de primas de seguros que sean notablemente superiores a la media.[195]

---

[192] *Busnelli, Francesco Donato. «Spunti per un inquadramento sistematico». En Massimo Bianca y Francesco D. Busnelli (eds.) Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675, p. 232; Busnelli, Francesco Donato y Giovanni Comandé. Op. cit., p. 213.*

[193] *Visintini, Giovanna. Tratatto breve della responsaiblità civile. Op. cit., p. 651.*

[194] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1033.*

[195] *Ib., pp. 1021-1022.*

Ninguno de los criterios indicados —nótese bien— es exclusivo. Las actividades peligrosas no solo serán las específicamente contempladas en las leyes preventivas de accidentes, que velan por la incolumidad de los ciudadanos, sino también aquellas que, aun cuando no especificadas, ostenten una peligrosidad intrínseca según el análisis de la magistratura.[196]

Lo aconsejable, entonces, es que el criterio por adoptar judicialmente sea cuantitativo o estadístico: debe atenderse a la «peligrosidad de diversos tipos de actividad (en el plano de la cantidad y de la dimensión de los daños típicamente vinculados con ella), a ser determinada mediante una evaluación *ex ante* y no con un juicio *ex post* basado en la gravedad del daño que se verifica en concreto».[197] Esto es importante subrayarlo, porque no pueden considerarse causados «en el ejercicio de una actividad peligrosa» los daños que, «a pesar de producirse durante él, no presenten conexión con el específico carácter de peligrosidad que se toma en cuenta para calificar como «peligrosa» la actividad de que se trate».[198]

## 9. La responsabilidad objetiva frente al análisis de las capacidades de prevención de los sujetos: la «relectura» del artículo 1970 del Código Civil peruano. Reenvío

Como ha podido apreciarse de lo expresado en los numerales 6) y 7) precedentes, las categorías del «riesgo» o «peligrosidad» como justificativos teóricos del traspaso económico del daño de la víctima al responsable, en hipótesis de responsabilidad objetiva, parecen no haber sido suficientes para explicar coherentemente supuestos de responsabilidad prescindiendo del análisis del comportamiento de los sujetos y, en múltiples aspectos, parecen confundirse.

Más allá de los intentos de Comporti de diferenciar los conceptos de «riesgo» y «peligro», en el sentido de que el primero reflejaría la «valoración esencialmente económica del «*alea*» que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio» (por lo que sí reflejaría un análisis de la actividad humana, «incompatible» con un sustento objetivo de la responsabilidad), mientras que el segundo señala «una amenaza notable de daño a terceros […] derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación» (por lo que sí sería una noción esencialmente objetiva al analizar la faz externa de actuación de los sujetos: la proyección hacia el

---

[196] *Capocaccia, Anna. Op. cit., p. 368. En el mismo sentido, véase Sciso, Carla Maria. Op. cit., p. 557.*

[197] *Salvi, Cesare. Op. cit., p. 1233.*

[198] *Busnelli, Francesco Donato. «Illecito civile». Op. cit., p. 27.*

exterior) (ver *supra*, § 6.1), lo cierto es que cuesta diferenciar ambos conceptos. Por ello, para algunos —como también ya se ha señalado—, el «riesgo» no es sino «el aspecto económico del peligro objetivamente considerado»,[199] mientras que el término «peligro» representa siempre «la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio».[200]

Resulta y resultará siempre difícil de desentrañar si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el *civil law*, como son el «riesgo creado» (en beneficio propio) o la «exposición al peligro», al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el (la) cual se causa un daño a otro, debido a que ya existen opiniones vertidas en sede nacional en el sentido de que «la reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva».[201]

En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la «exposición al peligro», desarrollado principalmente por Comporti, representó un avance respecto a la teoría del «riesgo de empresa», argumentada por Trimarchi, lo que permitió asignar responsabilidad objetiva a individuos «que no son «empresarios» y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial»[202] (ver *supra*, § 6.2).

El principio, entonces, que sustenta la responsabilidad objetiva, en los términos clásicos del *civil law* sería el siguiente: aquel que ejercita actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué?: porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es «quien puede dominar o evitar los peligros creados».[203]

En la afirmación antedicha puede reconocerse esa aproximación «intuitiva» al problema que bien retrata Castronovo cuando señala que «teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo están, pues, empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción».[204]

Y esa contradicción, qué duda cabe, ha sido siempre la de tratar de crear y defender una categoría de responsabilidad (la objetiva), definida por opo-

---

[199] *Forchielli, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1387 (nota 25).*

[200] *Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Op. cit., p. 214.*

[201] *Trazegnies, Fernando de. Op. cit., p. 158.*

[202] *Alpa, Guido y Mario Bessone. Op. cit., p. 305.*
*Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 175.*

[204] *Castronovo, Carlo. La nuova responsabilitá civile. Op. cit., p. 73.*

sición al análisis de la conducta de los sujetos, pues esto estaba reservado al campo de la cláusula general normativa por culpa.

El mérito del «análisis económico del derecho» y, particularmente, el de los aportes de Calabresi[205] ha sido el de encontrar, por fin, una fórmula jurídicamente correcta para asignar responsabilidad objetiva, sin caer en contradicciones teóricas. Y el error más grande de un vasto sector del *civil law* ha consistido en crear una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad objetiva,[206] creyendo que la prevención (que es diligencia) solo debe analizarse en la responsabilidad subjetiva; así pues, se ha definido el concepto de culpa por oposición a la diligencia (negligencia).

Nada más alejado de la realidad: si la generación de peligro deriva de actividades humanas, interesará siempre analizar los supuestos de falta de prevención, por lo que un «comportamiento negligente» puede estar presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.

¿Cómo «releer» entonces el artículo 1970 del Código Civil peruano?

«Peligrosidad» no es, como ha señalado algún autor (ver *supra*, § 6.1), «imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».[207]

«Peligrosidad» es «*carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados*».

Este es el verdadero y actual significado de la «exposición al peligro» como sustento de la cláusula normativa general recogida en el artículo 1970 del Código Civil peruano. Y, en verdad, debiera representar también el verdadero significado de su antecedente inmediato: el artículo 2050 del Código Civil italiano. La referencia final que realiza este artículo a la prueba de «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño» no puede ni debe ser entendido más como un «anclaje» en la cláusula normativa general por culpa, sino una referencia legal expresa al reconocimiento de que los deberes de prevención también están presentes en la responsabilidad objetiva (y, por ende, una referencia legal expresa a la negación de la culpa como concepto antitético al de diligencia). Cuando el artículo 2050 del Código Civil italiano señala que quien realiza una actividad peligrosa responde, a no ser que pruebe «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño», debe entenderse el acogimiento normativo de esta noción de peligrosidad que hemos postulado: «Carencia de adopción de

---

[205] *Ib., pp. 73-74.*

[206] *Posner, Richard. Op. cit., p. 172.*

[207] *Martini, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 973. También en Martini, Demetrio de. I fatti produttivi del danno risarcibile. Op. cit., pp. 241-242.*

medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros por él creados».

Ello no significa otra cosa que la identificación de un supuesto de prevención unilateral en la que la solución más eficiente en términos de asignación de responsabilidad se encuentra aplicando la responsabilidad objetiva, salvo en los casos en que se compruebe que el estado de la ciencia y la tecnología, en una sociedad dada, todavía no ha alcanzado un nivel adecuado de desarrollo, en cuyo caso siempre será más eficiente aplicar la regla de la responsabilidad por culpa.[208]

Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.

Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 del Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).

Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

## 10. Los eximentes de responsabilidad

El codificador peruano establece que el límite de la responsabilidad por actividad riesgosa o peligrosa (o mediante bien riesgoso o peligroso) está representado por el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero o la culpa de la propia víctima (art. 1972 del Código Civil).

Todos estos son elementos o hechos externos que inciden en el «proceso causativo del daño. La relevancia del caso fortuito tiene que ver, por lo tanto, con el aspecto causal, en tanto y en cuanto susceptible de una evaluación que permita asociar con el elemento externo […] el daño concretamente verificado».[209]

---

[208] *Para el sustento de estas afirmaciones y la defensa de las bondades del criterio del cheapest cost avoider desarrollado por Calabresi para asignar responsabilidad objetiva (así como para el análisis de sus deficiencias y/o limitaciones), permítasenos reenviar al lector a* FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *«Comentario sub art. 1969». En Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. T. X. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, §§ 16-17, pp. 60 y ss., de donde podrá extraerse la siguiente conclusión: si afrontado un problema de responsabilidad extracontractual se identifica dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral, antes de aplicar la regla de responsabilidad objetiva, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función «sistémica» de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).*

[209] *SALVI, Cesare. Op. cit., p. 1231.*

Por ello, se ha puesto en evidencia lo inexacto de utilizar la expresión «prueba liberatoria» en estos casos, porque, cada vez que el imputado (cualquiera que sea el título por el que se le pretende hacer responsable) demuestra la inexistencia del nexo causal entre el evento productivo del daño y el daño por el que se le demanda, este

> quedará exento de responsabilidad, justamente, porque el hecho no es materialmente enlazable con él. En otras palabras, cuando el daño invocado por el damnificado pertenece a una «cadena causal» diversa (o, en todo caso, sobrevenida, por sí sola suficiente para causar el evento), solo será resarcible por parte del que lo ha originado o ha concurrido para la verificación de esa distinta (o sobrevenida) causa de daño.[210]

Dejando de lado dichas observaciones, con todo pertinentes y acertadas, no carece de interés recordar que la consideración del caso fortuito como eximente de responsabilidad se encuentra en la línea de continuidad con el derecho romano, específicamente con cuanto ha llegado a conocerse en nuestros días acerca de la hipótesis del *damnum iniuriam datum*.

Según la reconstrucción histórico-jurídica habitual, los requisitos esenciales del *delictum*, que podía atacarse judicialmente a través de la *actio legis aquiliae*, habrían sido: (i) el evento dañoso (pérdida de carácter económico) sufrido por un sujeto; (ii) la dependencia causal del daño de un acto ajeno; (iii) la injusticia del hecho dañoso; y (iv) algún tipo, variable, de voluntariedad del perjuicio producido.

Lo que es de rigor subrayar, en nuestro análisis, es que el segundo de tales requisitos implicaba «que la responsabilidad se descartara cuando el evento dañoso derivaba, a pesar de las apariencias iniciales, de «fuerza mayor» (*vis maior cui resisti non potest*) y de demás circunstancias del todo incontrolables para el propietario (o para otro en su lugar) de la cosa que hubiese producido materialmente el daño».[211]

Estas son circunstancias no imputables porque no tienen origen en el hecho del agente, es decir, «en un comportamiento suyo (positivo o negativo) consciente y voluntario, sino que derivan *aliunde* […] o que son en tal medida repentinas e imprevisibles que escapan a toda posibilidad de control».[212] Se trata, entonces, de «hechos específicos de tal relevancia que degradan el ejercicio de la actividad al rango de ocasión y no ya de causa o concausa del evento, razón por la cual dichos hechos, positivamente indica-

---

[210] *Pugno, Stefano. Op. cit., p. 247.*

[211] *Guarino, Antonio. Diritto privato romano. 12.ª ed. Nápoles: Jovene, 2001, p. 1001.*

[212] *Bigliazzi-Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. Op. cit., p. 96.*

dos, habrían podido producir, por sí solos, el evento».[213] Quien los alegue en su defensa tendrá que demostrar, entonces, que el daño «ha sido causado por un hecho —extraño a su esfera de conocimiento y de control— que se muestre como dotado de un impulso causal autónomo».[214]

Terminológicamente, no puede evitarse formular un inmediato reparo en lo que respecta a uno de los supuestos de causa no imputable recogidos en el artículo 1972 del Código Civil peruano, que parece estar vinculado históricamente al amplio significado de *faute*, en francés: el uso del galicismo «culpa de la propia víctima» (*faute de la victime*). Lo conveniente es referirse al «hecho» o «conducta» de la víctima o damnificado.

Al margen de lo anterior, sin embargo, se suele sostener que, en todas estas hipótesis, lo que ocurre es que se «interrumpe» el nexo causal que tendría que mediar entre el imputado y el evento dañoso a fin de considerarlo responsable,[215] lo que ha llevado a un sector de la doctrina comparada, básicamente sudamericana, a hablar en estos supuestos de «ruptura del nexo causal» o «fracturas causales».[216] Esta expresión, común en la bibliografía argentina, que hoy aparece incluso en el subtitulado del Anteproyecto de Reforma de nuestro Código Civil y que ha influenciado notoriamente a nuestra jurisprudencia, es inexacta.

Así, la doctrina ha puesto en evidencia lo erróneo de la metáfora de la «interrupción» del nexo causal, y ha hecho ver que circunstancias como el caso fortuito y la fuerza mayor son más bien «concausas» del daño, que tienen relevancia como eximentes de responsabilidad civil[217] o, si se quiere, son supuestos en donde se elimina una «aparente» causalidad y se descubre el verdadero hecho causal.

Desde una óptica cercana a la última posición mencionada, algún autor ha afirmado que, cuando el que ejerce la actividad prueba que «el proceso causal se conecta con el caso fortuito, ello descarta que se trate de un daño dependiente de la peligrosidad de la actividad, en el sentido de que el caso fortuito, al insertarse en el proceso causal material de la producción del daño, entre la actividad peligrosa y este último, deviene su única y verdadera causa».[218]

---

[213] *FRANZONI, Massimo. «Dati personali e responsabilità civile». Responsabilità civile e previdenza, vol. LXIII, 1998, p. 902.*

[214] *Según las referencias jurisprudenciales de ZIVIZ, Patrizia. Op. cit., p. 109; y FACCI, Giovanni. Op. cit., p. 293.*

[215] *VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 178; entre los más recientes.*

[216] *En nuestro medio, consúltese TRAZEGNIES, Fernando de. Op. cit., pp. 299-300.*

[217] *BIANCA, Cesare Massimo. Diritto civile. Vol. V: «La responsabilità». Op. cit., p. 662.*

[218] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 982.*

Por esto, se ha llegado a sostener que, a diferencia del hecho de tercero y del hecho de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor inciden en el juicio de responsabilidad únicamente como eximentes plenas, es decir, cuando son causas exclusivas del evento dañoso.[219]

Equiparar, pues, radicalmente el caso fortuito con la causa de interrupción del nexo causal sería como asumir que «todo evento que interrumpiera el nexo causal, aun cuando fuera evitable, por ejemplo, tendría que determinar la exoneración de responsabilidad».[220]

Teniendo en cuenta las variables anteriores, se ha planteado la conveniencia de distinguir el caso fortuito en «autónomo», «incidente» y «concurrente».

En la primera situación, el caso fortuito es causa totalmente independiente y autónoma del evento dañoso y, por lo tanto, se debe considerar como una causa completamente ajena al sujeto, a la cosa o al animal que, de alguna manera, aparece en la escena del daño. En el segundo, se presenta como una causa que pone, por ejemplo, en movimiento o incide en la cosa y provoca, a través de esta, el evento dañoso, con lo cual absorbe enteramente la relación causal. La última figura se presenta cuando, sin el concurso del fortuito, la cosa, animal o actividad no habrían bastado, por sí solas, para producir el evento dañoso.[221]

En otro lugar[222] hemos tenido ya oportunidad de referirnos a estas figuras y a las características que deben revestir para ser consideradas eximentes de responsabilidad en el ámbito contractual. Atendiendo a que la exposición es prácticamente equivalente en el área extracontractual, remitimos, en principio, a cuanto tenemos escrito sobre el punto[223] y reiteramos en esta ocasión solamente nuestra opinión crítica en el sentido de que los requisitos enumerados en el artículo 1315 del Código Civil peruano no tienen por qué entenderse enlazados de manera copulativa y que constituye un error incluir a la «imprevisibilidad» como un requisito del fortuito. Este es, ante todo, «una causa extraña del todo inevitable»,[224] aun cuando se ha hecho notar que

---

[219] *Capocaccia, Anna. Op. cit., p. 368. En el mismo sentido, véase Sciso, Carla Maria. Op. cit., p. 364.*

[220] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 80.*

[221] *Geri, Vinicio. La responsabilitá civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio. Op. cit., pp. 69-71.*

[222] *Fernández Cruz, Gastón y Leysser L. León. «Comentario sub art. 1315». En Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. T. VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, § 5, pp. 884 y ss.*

[223] *Fernández Cruz, Gastón y Leysser L. León. «Comentario sub art. 1315». En Código civil comentado por los cien mejores especialistas. T. IV: Derecho de obligaciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 875 y ss.*

[224] *Comporti, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2652.*

> el mismo concepto de extrañeza supone una consideración preventiva y abstracta de los hechos dañosos que deben ser previstos y evitados […]. Por tanto, hablar de causa extraña e inevitable constituye en cierto modo una duplicidad del juicio, puesto que el primer requisito define el principio de la no imputabilidad absorbiendo también al segundo.[225]

Por esto, a continuación, nos limitamos a exponer algunas integraciones.

Bástenos recordar que, si se acoge cualquiera de las nociones subjetivas del caso fortuito: la una, más marcadamente subjetiva, de ausencia de culpa, a ser probada con la genérica diligencia; la otra, de evento inevitable con el uso de la diligencia normal, la responsabilidad civil continuaría ligada al criterio de la culpa.[226] En cambio, lo coherente para con la visión objetiva de la responsabilidad es, siguiendo la teoría de la exposición al peligro, el considerar al caso fortuito como «la causa extraña a los peligros típicos ligados con una determinada actividad humana».[227] Así pues, cada cual responde «de su propia esfera económica y de su propia actividad más allá de todo límite de culpa, así como de los hechos ignotos; su responsabilidad se detiene sólo cuando demuestre la existencia de una causa extraña inevitable (es decir, el caso fortuito), al cual, directa o indirectamente, puede vincularse la producción del daño».[228]

Naturalmente, si el caso fortuito no se entiende objetivamente, como es imprescindible hacerlo, las consecuencias del análisis pueden resultar incongruentes. Acoger la noción objetiva significa apreciar el caso fortuito en el plano de la causalidad. Si se adopta la noción subjetiva, la responsabilidad civil podría no ser declarada ni siquiera frente a la permanencia de la relación causal entre una actividad y el evento dañoso.[229]

Desde la perspectiva de la teoría del riesgo de empresa, el imputado que quiera eximirse de responsabilidad debe probar que el incidente determinante de los daños «es ajeno al riesgo creado u organizado por quien hace uso de la cosa, y a él económicamente atribuible: y la ajenidad o pertenencia al riesgo pueden resultar de la naturaleza misma del daño».[230] El

---

[225] *Anelli, Franco. Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 163 (nota 9).*

[226] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 70.*

[227] *Ib., p. 76. También véase Comporti, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2652.*

[228] *Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Op. cit., p. 77.*

[229] *El realce es de Costantini, Cristina. «L□interpretazione dell□art. 2051 c.c. oltre il fascino dei consueti "dazzling tricks"». Danno e responsabilità, 2004, p. 524.*

[230] *Trimachi, Pietro. «Il «caso fortuito» quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». Op. cit., p. 843.*

eximente de responsabilidad sería, entonces, una fuerza que proviene «del exterior de la empresa y que, por el modo y violencia de su acción, supera aquello que es evitable con las medidas que pueden pretenderse del empresario, y supera, por lo tanto, el riesgo típico creado por la actividad»,[231] concepto este que, ante todo, hace referencia al «conjunto de eventos dañosos que el sujeto agente tiene el deber de prever e impedir en cuanto quedan comprendidos, según la lógica y la experiencia, entre aquellos propios de la actividad».[232]

A la idea de «riesgo típico» se recurre, además, porque este es susceptible de administración económica, mediante los seguros, por parte de quien desarrolla la actividad; en otras palabras, porque «es traducible, preventivamente, en términos de costo, a través de los instrumentos asegurativos».[233]

En cuanto al hecho de tercero o al hecho de la propia víctima, estos eximen de responsabilidad solo cuando se presenten de forma tal que su relevancia causal excluya la de la actividad peligrosa. Cuando se presentan, se produce una «sustitución subjetiva en la relación de responsabilidad, cuya composición resulta alterada».[234] En caso contrario, lo que podría presentarse es más bien una concurrencia de responsabilidades.[235]

La relevancia que se reconoce al hecho de tercero en este ámbito está ligada con la idea de que «{…] la responsabilidad debe recaer, preferiblemente, en aquél que ha cometido el hecho dañoso».[236] En cambio, el hecho del damnificado está directamente vinculado con el principio de autorresponsabilidad, en tanto y en cuanto «parece ser lógico eximir total o parcialmente al presunto responsable si la misma víctima ha causado total o parcialmente su propio daño».[237]

También es certera la asociación de este eximente con el principio acuñado en la máxima *volenti non fit iniuria*,[238] sobre todo en el derecho estadounidense.[239]

---

[231] *Ziviz, Patrizia. Op. cit., p. 109.*

[232] *Anelli, Franco. Op. cit., p. 160.*

[233] *Salvi, Cesare. Op. cit., p. 1220.*

[234] *Valsecchi, Emilio. Op. cit., p. 178.*

[235] *Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., p. 1036; Franzoni, Massimo. Dei fatti illeciti. Op. cit., p. 535.*

[236] *Comporti, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2656 (nota 39).*

[237] *Ib., loc. cit.*

[238] *Bachmann, Gregor. «Volenti non fit iniuria - How to make a principle work». German law journal, vol. 4, n.º 10, 2003, p. 1033 y ss. (http://www.germanlawjournal.com).*

[239] *Prosser, William L. y W. Page Keeton. Op. cit., p. 112.*

Históricamente, estas dos figuras han sido asimiladas, en el plano de los efectos, al caso fortuito o fuerza mayor, pero solo, como es natural, en la medida en que compartan sus características (extrañeza e inevitabilidad).[240]

Por ello, un sector de la doctrina hace notar que, en rigor, no debería asimilarse al caso fortuito y a la fuerza mayor el hecho del tercero o el del propio damnificado, porque, en estos casos, el evento «no puede ser atribuido a un factor imprevisto e imprevisible, y por lo tanto ignoto, sino a una causa humana imputable de modo bien determinado».[241] Se indica, sin embargo, que dicha observación es exacta solo

> desde un punto de vista abstracto y general. Puesto que en la búsqueda de la responsabilidad todo factor extraño a la persona llamada a responder puede ser ubicado respecto de ella más allá de los límites de la previsibilidad, el comportamiento ajeno imprevisto e imprevisible, cuando absorba por entero el nexo de causalidad del evento, se configura, con razón, como caso fortuito, con efectos idénticos a los que son particulares de un hecho natural o de una *vis mayor* .[242]

En la jurisprudencia foránea, se ha considerado aplicable el eximente del hecho determinante de un tercero para una compañía de electricidad, por ejemplo, en el caso de daños producidos por cables de alta tensión rotos por causa del corte de un árbol debido a un extraño.

Existe, por otro lado, la tendencia a no considerar oponible este eximente cuando la acción del tercero se haya visto favorecida por las condiciones de mantenimiento de la cosa.[243] Tampoco tiene validez exoneratoria, como es obvio, el hecho de tercero provocado por el propio agente del daño,[244] ni el hecho de las personas por las cuales este tiene que responder en virtud de una disposición normativa (a título de representante legal, por ejemplo).[245]

Se recordará que en nuestro Código Civil hay un supuesto en el cual, inexplicablemente, el único eximente de responsabilidad reconocido es el hecho de un tercero. Nos referimos a la norma que dispone la responsabilidad por daños causados por animales, artículo 1979: «el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause,

---

[240] *MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS. Leçons de droit civil. 8.ª ed., T. II. Vol. I: «Obligations-Théorie générale». París: Montchrestien, 1991, p. 672.*

[241] *GERI, Vinicio. La responsabilitá civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio. Op. cit., p. 61.*

[242] *Ib., loc. cit.*

[243] *ZIVIZ, Patrizia. Op. cit., pp. 110-111.*

[244] *COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2656 (nota 39).*

[245] *VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit., p. 221.*

aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar *por obra o causa de un tercero* [el subrayado es nuestro]».

Si bien se acostumbra englobar en la expresión «caso fortuito», además, las figuras de la fuerza mayor, el hecho de tercero y el hecho de la propia víctima,[246] no puede reconocerse el mismo rasgo abarcante al solo «hecho de tercero», mucho menos si se piensa en lo injusto que resultaría aplicar la responsabilidad cuando el daño es enteramente atribuible al damnificado (una persona que incita a un perro, incluso ignorando un letrero de advertencia, por ejemplo), a menos que nuestro legislador —y esto, aun cuando contrario al tenor literal, sería más leal con el sentido común— haya pretendido comprender, dentro del ámbito del «hecho de tercero», al «hecho de la víctima» o haya utilizado la expresión como sinónimo de «fuerza mayor».[247]

En cuanto al hecho de la propia víctima, también es de aclarar, entre otros puntos, que no debe confundirse con este supuesto el caso en que se presenta una «aceptación de los riesgos» (asunción voluntaria del riesgo) por parte del damnificado, porque no es dado deducir de tal consentimiento, automáticamente, una aceptación para sufrir daños.

En Francia, el razonamiento precedente se ha aplicado, por ejemplo, a la responsabilidad del *moniteur* en los accidentes de equitación.[248]

Por nuestra parte, creemos que la idea descrita puede servir, más en general, para aclarar por qué no deja de ser responsable quien organiza, con o sin fines comerciales, la práctica de deportes riesgosos, a los que se deben no pocos acontecimientos trágicos que muchos recordamos.

En la jurisprudencia extranjera se han presentado llamativos supuestos de concurso de culpa, como el fallecimiento de una persona en la noche de Navidad fulminada por una descarga eléctrica al topar con un cable de alta tensión mientras disponía la iluminación de un árbol adornado para la festividad.[249]

También se ha resuelto ejemplarmente, en sentido positivo, el problema de si la concurrencia de responsabilidad existe cuando la víctima es un menor de edad, como en un reciente caso, en el que la figura se presentó

---

[246] *Bessone, Mario. «Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia». Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, vol. lxxx, 1982, parte ii, pp. 124-125; entre muchos otros.*

[247] *León, Leysser L. «Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales» (2001). En La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Op. cit., pp. 342-343.*

[248] *La referencia es de Mazeaud, Henri, Léon y Jean, y François Chabas. Op. cit., p. 681.*

[249] *La referencia es de Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. Op. cit., pp. 1036-1037.*

respecto de un niño que perdió una pierna al ser atropellado por una segadora en un campo de cultivo.

La Corte d'Appello de Milán, tras establecer que el niño había desatendido las indicaciones dadas por el conductor de la segadora para que se alejara del lugar, estableció que, en tal supuesto, las conductas de este y de la víctima habían contribuido en cincuenta por ciento, respectivamente, como causas del evento dañoso. La Corte di Cassazione[250] no observó el fallo en dicho punto, por respetar, prudentemente, «la reconstrucción del accidente» y el juicio en torno de la causalidad que fue realizado por los jueces de las instancias inferiores.

En la ya citada CAS. n.º 823-2002 (*supra*, § 5), nuestra magistratura de segundo grado había considerado que la «negligencia» de la propia víctima fue la que contribuyó a la generación del daño; como resultado, el *quantum* del resarcimiento pretendido por la parte demandante se disminuyó, en automática aplicación del artículo 1973 del Código Civil: «si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias».

Era el caso de un joven que, en acatamiento de una orden, se lanzó al agua para amarrar la nave a un árbol, pues esta había sufrido un desperfecto mecánico y se hallaba a la deriva. Con la arriesgada acción se evitó un accidente que seguramente habría sido más grave, pues la nave tenía pasajeros, pero la víctima sufrió lesiones físicas irreparables (pérdida total de la visión).

La sentencia de la Corte Suprema, si bien claramente influenciada por la idea de resarcir a toda costa los daños, contiene una interesante reflexión en voz alta (un *obiter dictum*), aun cuando en clave totalmente subjetiva, sobre esta figura:

> en el caso que nos ocupa, la víctima acató una orden que le dio el administrador de la motonave, de lanzarse al agua, y amarrar las sogas a un árbol. Esta orden fue acatada a fin de evitar una desgracia de mayores consecuencias, pues la nave se encontraba con pasajeros y se dirigía a estrellarse contra la orilla y fue cumplida con éxito: nadó, llegó a la orilla y amarró la soga al árbol debidamente, no existiendo impericia, ni menos falta de conocimiento en ese acto, motivo por el cual no se puede calificar la conducta del demandante como negligente ni imprudente pues cumplió su misión con éxito y, por el contrario, tal como se describen los hechos, fue la fuerza de la nave con pasajeros a bordo y a merced de la corriente del río que hizo producir tensión en las cuerdas hasta el punto que reventaran y golperan el rostro y los ojos de la víctima […]. En consecuencia, luego del análisis de los hechos se llega a determinar que en el presente caso no se ha presentado un caso fortuito,

[250] *Sentencia 15288, del 30 de octubre de 2002, publicada en La Nuova giurisprudenza civile commentata, 2004, parte I, pp. 103 y ss.*

> negligencia o imprudencia por parte de la víctima que dieran lugar a atenuar la responsabilidad, por ende, las fracturas causales que se invocan no se encuentran presentes, siendo que el daño producido ha sido consecuencia de la conducta del demandante y no de un evento extraño y ajeno a él, por lo que la Sala Superior ha realizado un deficiente análisis de los hechos.

La doctrina comparada ha abordado, en términos generales, este problema y ha establecido que, en los casos de daños sufridos por aquel que sigue una orden (y la participación como subordinado en un salvataje es, ni más ni menos, uno de los ejemplos citados), el hecho de la víctima jamás puede ser invocado como eximente de responsabilidad para el que dirige la operación, porque ello solo es admisible cuando se trata de una iniciativa «intempestiva» del damnificado; si no es así, no estamos ante una causa «extraña» que determine la eximente.[251]

Finalmente, anotamos que la indicación precisa de los eximentes de responsabilidad objetiva relativa, por parte de nuestro legislador, nos hace ajenos a debates foráneos bastante delicados. En Italia, ante la falta de mención expresa del caso fortuito y, en estricta interpretación del eximente de haber adoptado todas las «medidas idóneas» para evitar el daño (ausente en nuestro Código Civil, no lo olvidemos), se ha sostenido que el que ejerce una actividad peligrosa tampoco responde de los daños que «deriven directamente de tal actividad por un desarrollo espontáneo y anormal de ésta, o atribuibles a la insuficiencia de los conocimientos técnicos disponibles en la época inmediatamente precedente al evento dañoso».[252]

## 11. Conclusiones

De lo expresado en este comentario, pueden extraerse los siguientes puntos conclusivos:

- El artículo 1970 del Código Civil contiene una cláusula general interpretativa de orden normativa por riesgo o, mejor aún, por exposición al peligro de igual rango que aquella regulada en el artículo 1969 del Código Civil; con ello, se afirma en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual, un sistema bipolar.

---

[251] *VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. Op. cit., p. 220.*

[252] *MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell□esercizio di attività pericolosa». Op. cit., col. 979.*

- En estricto, se ha señalado que cabría diferenciarse una responsabilidad objetiva «por riesgo» de una responsabilidad objetiva «por exposición al peligro».

  La responsabilidad «por riesgo», como señalara críticamente Comporti, aparecería vinculada siempre a una actividad humana reflejando una valoración esencialmente económica del *alea* que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. Por esto, se encuentra vinculada al denominado «riesgo de empresa», referido normalmente a actividades económicas que presentan características de continuidad y/o de organización, como indicara Trimarchi.
  También se ha querido fundamentar la responsabilidad objetiva en la simple idea de un «riesgo creado», que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico para pasar a asociarlo directamente con un dato «aparentementex objetivo, como es la creación de un riesgo, que no es más que una fórmula descriptiva —como señala Busnelli— que no tiene ninguna relevancia sistemática.
  De otro lado, para justificar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, en sede objetiva, se ha recurrido también a la idea del «riesgo beneficio», que pretende justificar la responsabilidad objetiva en los beneficios logrados por quien ejercita una actividad riesgosa. Bajo este principio, quien crea un riesgo adicional al simple hecho de vivir, al realizar una determinada actividad para obtener un beneficio, debe responder por todos los daños que se causen a terceros en ejercicio de tal actividad.
  La responsabilidad «por exposición al peligro», en cambio, importa una amenaza notable de daño a terceros derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación, tal y como lo describiera Comporti, por lo que representaría una noción esencialmente objetiva, centrada en la faz externa de actuación de los sujetos, diferenciable de la idea de «riesgo» que reflejaría en sí un análisis de la actividad humana «incompatible» con un sustento objetivo de la responsabilidad. Teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad o de los medios empleados, el sujeto causante del peligro deberá siempre responder.

- En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la «exposición al peligro», desarrollada principalmente por Comporti, representó un avance respecto a la teoría del «riesgo de empresa», argumentada por Trimarchi. Esto permitió asignar responsabilidad objetiva a individuos «que no son «empresarios» y que, enton-

ces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial», tal y como lo han hecho notar Alpa y Bessone.

- Lo cierto es que, en realidad, cuesta diferenciar los conceptos de «riesgo» y «peligro». Es más, etimológicamente «riesgo» significa «contingencia o proximidad de un daño», por lo que lo «riesgoso» no es otra cosa que lo «peligroso». Coherentemente, la palabra «peligro», etimológicamente, significa también «riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal». Por esto, algunos autores, como Forchielli, han señalado que el «riesgo» no es sino «el aspecto económico del peligro objetivamente considerado», mientras que, para Trimarchi, el término «peligro» representa siempre «la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio».

- Si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el *civil law*, como son el «riesgo» o la «exposición al peligro», al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el(la) cual se causa un daño a otro, resulta y resultará siempre difícil de desentrañar; habiéndose ya expresado por algún autor nacional que dicha reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva.

- Al parecer, entonces, el principio que sustentaría la responsabilidad objetiva sería, desde la perspectiva clásica del *civil law*, el siguiente: aquel que ejercita actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué?: porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es quien puede dominar o evitar los peligros creados.
  En la afirmación antedicha puede reconocerse, sin embargo, esa aproximación «intuitiva» al problema que bien retrata Castronovo cuando señala que «teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo están, pues, empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción», lo que ha sido recién superado con los aportes de Calabresi con su teoría del análisis de las capacidades de prevención de los sujetos.

- ¿Cómo «releer» entonces el artículo 1970 del Código Civil peruano?
  «Peligrosidad» no es, como ha señalado algún autor, como De Martini,

«imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».
«Peligrosidad es «*carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados*».
Esto lleva entonces a que, afrontado un problema de responsabilidad extracontractual, debe identificarse dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral para aplicar la regla de responsabilidad objetiva. Empero, antes de aplicar esta regla, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función «sistémica» de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).
Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.
Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).
Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

- Es equívoca la categoría de los «bienes riesgososx contenida en el artículo 1970 del Código Civil.
  De un lado, es equívoca por confundir el concepto de «bien» con «cosa»; además, no resulta claro si la intención del legislador fue tratar de unificar el tratamiento de la responsabilidad por actividades peligrosas y la responsabilidad por el hecho de las cosas.
  Pero es fundamentalmente errada la categoría de los «bienes riesgosos» desde que, como bien señalara Trimarchi, no se puede hablar jamás de cosas peligrosas *in sé*, sino solo de cosas peligrosas *sub modo*, por lo que la responsabilidad se conecta, en todo caso, a la actividad que con la cosa viene desenvuelta y al peligro que dicha actividad genera.
  Una cosa puede siempre ser considerada peligrosa o inocua, dependiendo de la actividad que la involucre.

## Nota bibliográfica

Las pioneras obras de Raymond SALEILLES acerca de la responsabilidad objetiva son las siguientes: una reseña de tesis publicada en la *Revue Bourguignonne de l'Enseignement Supérieur*, t. IV, 1894, pp. 647-666; el opúsculo

*Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*. París: Arthur Rousseau, 1897; y el informe «Le risque professionnel dans le Code civil», dirigido a la Societé d'Économie Sociale y publicado en *Réforme sociale*, t. XXXV, 1898, pp. 634-649. De todo este material rinde cuenta MASSIGLI, Charles. «Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle». En BEUDANT, Robert *et al. L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. París: Arthur Rousseau, 1914, pp. 435-475.

La reflexión de Josef ESSER (nacido en 1910) recordada por Gustavo MINERVINI proviene del ensayo «Grundlagen der Reform des Schadenersatzrechts». En *Archiv für die civilistiche Praxis*, vol. 148, 1943, pp. 121-146 ; y del volumen *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung: Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*. München : Beck, 1941. La segunda edición de este último trabajo, sin modificaciones, fue publicada por la misma editorial muniquesa en 1969.

El artículo de BACHMANN, Gregor. «»Volenti non fit iniuria» - How to Make a Principle Work» puede consultarse en *German Law Journal*, vol. 4, n.º 10, 2003, pp. 1033-1042 (en <http://www.germanlawjournal.com>). La cita corresponde a la versión de la revista en formato pdf.

Los «Principles of European Tort Law» pueden consultarse en su versión original inglesa en <http://www.egtl.org>. En dicho *website* figura también una versión preliminar en castellano, si bien bastante defectuosa, a cargo de Miquel Martín-Casals.

**UNIDAD III: CRITERIOS DE IMPUTACION**

**3) PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO PERUANO. Leysser León.**

# PANORAMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO PERUANO

**Leysser León**
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

**§ 1.** En las palabras liminares de la edición más reciente de su *Introduction à la responsabilité civil*, la profesora Geneviève Viney postula que, desde una perspectiva funcional, los aspectos evolutivos más destacables de la responsabilidad civil de nuestro tiempo son el protagonismo cobrado por la función preventiva de la institución, así como el interés en la expansión de los alcances de la tutela resarcitoria al campo de los llamados derechos de la personalidad[1].

Con toda la distancia, no sólo territorial, que nos aparta del contexto en el que la preclara jurista francesa formula su opinión, tengo para mí que el medio peruano no es completamente ajeno al citado apunte. En los últimos años el derecho de la responsabilidad civil se ha confirmado, también en nuestro ordenamiento como un sector de enorme dinamismo y renovación. Hay, en tal sentido, temas que evidencian con nitidez la urgencia de cambios de rumbo, si no es que de verdaderas revoluciones, como los accidentes de tránsito o los daños al medio ambiente. Creciente es, asimismo, la conciencia acerca de la necesidad de reforzar la tutela de los derechos fundamentales mediante mecanismos resarcitorios.

Y si tal es el estado de cosas, descarto que se pueda poner en discusión la imperiosidad de promover en nuestro país un enfoque riguroso y técnico de la materia, que sea válido para neutralizar, de una vez por todas, los efectos nocivos de la aproximación superficial que, desde siempre, ha marcado la pauta en la adaptación de instituciones y reglas jurídicas foráneas, importadas a nuestra realidad, incluso más allá de las fronteras del derecho civil.

---

[1] VINEY, Geneviève, *Introduction à la responsabilité*, 3ª. ed., en *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, L.G.D.J., París, 2008, p. VII.

**§ 2.** La superficialidad que se denuncia ha seguido tiñendo la producción jurisprudencial peruana durante el último trienio. Fácil es advertirla cuando se leen documentos judiciales en los cuales, no obstante la tinta inútilmente gastada por nuestros académicos, se insiste en la invocación de lugares no menos comunes que equívocos, como el "derecho de daños", el "principio de la reparación integral de los daños", los "factores de atribución", la responsabilidad "*subjetiva* del artículo 1969 del Código Civil" y la "responsabilidad *objetiva* del artículo 1970 del Código Civil", los "bienes riesgosos", la "fractura del nexo causal", la "concausa", la "antijuridicidad", el "daño a la persona", el "daño al proyecto de vida", etc. No llama la atención que una base técnica y teórica precaria[2], forjada con estos elementos inexactos, conduzca, por lo general, a decisiones judiciales incongruentes.

El ejemplo cumbre de la superficialidad y la injusticia, aplicando la perspectiva aquí propuesta, está representado por el infausto Pleno Casatorio de abril de 2008.

Con condenable indiferencia a los antecedentes y noticias, ampliamente difundidos, sobre un episodio de contaminación ambiental de dimensiones aún inestimables, acaecido en el pueblo norteño de Choropampa, los vocales de la Corte Suprema peruana han sacramentado la exculpación de la compañía minera propietaria del material contaminante (mercurio) al reconocer validez y eficacia jurídicas a "transacciones" celebradas por los responsables, en condiciones palmariamente abusivas[3], con los pobladores afectados.

El Pleno Casatorio no pasaría de ser una ulterior mancha en la historia del poder judicial, si no fuera por la persistencia –rayana en la obstinación– con la que sus

---

[2] Todos los lugares comunes y conceptos equívocos que aquí se indican aparecen preocupantemente invocados, cuando no asociados con contenidos desacertados, en el volumen de MANZANARES CAMPOS, Mercedes, *Criterios para valuar el* quantum *indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*, Grijley, Lima, 2008.

[3] Los cuestionamientos de índole contractual han sido efectuados, oportunamente y rigurosamente, por MORALES HERVIAS, Rómulo, "*Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación*", en "Diálogo con la Jurisprudencia", año XIII, n. 116, Lima, 2008, p. 43 y s.

desacertados artífices claman, desde sus deleznables considerandos, por el reconocimiento de su dictamen como "precedente vinculante" o, como se va haciendo costumbre decir, "de observancia obligatoria"[4].

Aunque la ilusoria pretensión de perennidad de los vocales supremos carezca de todo asidero en el Perú donde –para alivio nuestro– la jurisprudencia *no* es fuente del derecho, ni existe un marco cultural y jurídico propicio para defender la regla del *stare decisis*, causa hasta enfado tener que leer en las páginas del Pleno Casatorio inexactitudes imperdonables en relación con las nociones más elementales del derecho de la responsabilidad civil.

Los vocales supremos opinan, por ejemplo, que conforme al régimen peruano de la responsabilidad extracontractual los daños pueden ser "patrimoniales" (daño emergente y lucro cesante) o "extrapatrimoniales" (daño moral y daño a la persona):

> "Los daños extracontractuales pueden ser de orden *patrimonial o extrapatrimonial*, por ello se habla, respecto a los primeros, del daño emergente y del lucro cesante, en tanto que con relación al daño extrapatrimonial nos estamos refiriendo a los daños a la persona y el daño moral"[5].

Esta afirmación se funda en una lectura descuidada del artículo 1985 del Código Civil; norma que, con todos sus defectos, no avala semejante clasificación.

Si existiera la obligación de proponer una tipología de los daños estrictamente basada en la normativa, estaría de más establecer la premisa de que ella debe partir de un análisis histórico y comparativo del régimen jurídico vigente en el Perú. Y resulta que dicho análisis conduce, inexorablemente –como hemos tenido ocasión de postular desde hace años–, a diferenciar los daños en "materiales" y "morales", atendiendo a que nuestro ordenamiento no establece requisitos legales particulares para que proceda la atenuación económica de los daños morales (circunstancia que sí se presenta

---

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Primer Pleno Casatorio Civil*, Jurista Editores, Lima, 2008, VIII, § 6, p. 63: "al establecerse *precedentes vinculantes* por medio de esta sentencia casatoria, no se está, en modo alguno, vulnerando la independencia judicial, puesto que el precedente es, en esencia, el que realiza los valores de igualdad, de coherencia y de continuidad del ordenamiento, permitiendo la inserción de las decisiones individuales en contextos más amplios" (aquí y en adelante, las cursivas son añadidas).

5 IBÍD., V, § 70, p. 58.

en ordenamientos como el alemán y el italiano[6] respecto de los daños "no patrimoniales", que se compensan pecuniariamente si y sólo si concurre un delito penalmente sancionado o, en el caso italiano, a partir de un notable pronunciamiento de las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione de noviembre 2008, si se afecta un derecho constitucionalmente reconocido como "inviolable").

Prosiguiendo con sus deslices, nuestros vocales supremos señalan que la tipología de daños por ellos adoptada los autoriza a considerar que "todos" los daños son reparables "patrimonialmente"; idea que luego es instrumentalizada para reconocer legitimidad a las transacciones celebradas por la compañía minera propietaria del material contaminante y las víctimas, en tanto negocio jurídico referido a derechos que –desde la inconsistente óptica de nuestra magistratura– admiten traducción pecuniaria:

> "De lo prescrito por el artículo 1985° de nuestro Código Civil, se colige que estos dos tipos de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, *se pueden reparar patrimonialmente*, es decir son indemnizables ya sea con una suma de dinero o con cualquier otra obligación que conlleve a resarcir el daño causado, de otro modo no habría manera de indemnizar.
>
> En suma, cuando se menciona que se indemniza un daño, lo que se está haciendo es *patrimonializar* el mismo, *sean de naturaleza personal, material o moral*"[7].
>
> "Si bien es cierto que con el derrame de mercurio se creó una situación de riesgo para los lugareños, quienes se expusieron a daños físicos al manipular el metal, no es menos cierto que para efectos indemnizatorios, *ese daño debe ser cuantificable*, de lo contrario no habría manera de poder resarcirse el mismo"[8].
>
> "No se debe confundir el derecho afectado, que puede ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, con el resultado indemnizatorio del mismo; al final de cuentas *todos los derechos, cuando se trata de indemnizarlos, deben ser cuantificados patrimonialmente*" [9].

---

6 Sólo a fuerza de interpretaciones innovadoras en el ámbito jurisprudencial –de las cuales se rendirá cuenta a lo extenso del presente volumen– se ha conseguido realizar un importante cambio de rumbo en la interpretación de las reglas del Código Civil italiano de 1942. Hoy el entender generalizado es en el sentido de que la reparación del "*danno non patrimoniale*" procede, no sólo cuando media delito, sino en todo caso de atentado contra derechos "inviolables", constitucionalmente tutelados.

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Primer Pleno Casatorio Civil*, V, § 70, p. 58.

8 IBÍD., V, § 74, p. 59.

9 IBÍD., V, § 77, p. 59-60.

Este entender de los vocales supremos invierte impunemente la lógica de la doctrina de la exposición al peligro, al convertir a los pobladores de Choropampa, en definitiva y de modo implícito, en "responsables" de haberse "expuesto" a la contaminación. A la vez, conlleva a excluir de la tutela resarcitoria –como pueden notar, fácilmente, quienes conocen la materia– un instrumento tan valioso como el denominado resarcimiento "*in natura*" o "en forma específica"[10].

Los artífices del Pleno Casatorio ignoran, en efecto, el valor resarcitorio que posee en el terreno de la protección de los derechos de la personalidad, por ejemplo, la orden de publicación de un fallo judicial absolutorio, o de una resolución administrativa que declara fundada la denuncia de un acto de competencia desleal o de publicidad engañosa, o el mandato judicial de rectificación a un medio periodístico por difusión de informaciones falsas, o la publicación de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declara fundada una demanda por violación de un derecho o libertad bajo el manto de protección del Pacto de San José de Costa Rica[11]. Muchas veces, estas medidas son las únicas que permiten atenuar los efectos de atentados contra la reputación, agravados por su difusión mediática, o de daños que lindan con lo irreparable, como los ocasionados por errores judiciales en procesos penales. En tales supuestos, la reintegración de las situaciones jurídicas subjetivas afectadas (libertad, buen nombre, expectativas) demanda recurrir, más allá de aspectos pecuniarios, a medidas que sean realmente eficaces para recomponer el *status* de la víctima antes de la comisión del evento dañoso.

El desconocimiento del concepto y alcances del resarcimiento en forma específica es aún más lamentable a propósito del Pleno Casatorio, porque los daños al medio

---

10 Tema al que está dedicado el sustancioso ensayo de CASTRONOVO, Carlo, "*Risarcimento in forma specifica e risarcimento del danno*", en ID., *La nuova responsabilità civile*, 3ª. ed., Giuffrè, Milán, 2006, p. 797 y s., en el que se confirman, sea la unicidad de la obligación resarcitoria, sea la alternatividad del resarcimiento "por equivalente" y del resarcimiento "en forma específica".

11 En la causa "*De la Cruz Flores vs. Perú*", así como en muchas otras, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 18 de noviembre de 2004, manda (n. 173) que el Estado peruano publique "como medida de satisfacción, dentro de un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en el Perú, tanto la Sección denominada 'Hechos Probados', sin las notas a pie de página correspondientes, como los puntos declarativos primero a tercero de la presente Sentencia".

ambiente se cuentan, precisamente, entre aquellos que, en grado superior al de todos los demás, urgen de medidas reintegradoras *in natura*[12], tal como ha sido reconocido, ejemplarmente, en la Directiva Comunitaria Europea 2004/35/CE "sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales"[13].

Estos aspectos –de más está anotarlo– no deberían ser desconocidos ni subestimados por los miembros del poder judicial de un país como el nuestro, de continuo asolado por la contaminación generada en la actividad minera. La efectividad de la tutela resarcitoria "en forma específica" frente a los atentados contra el medio ambiente radica en su "capacidad de remover no solo los efectos instantáneos del evento productivo del daño, sino también, las «secuelas de efectos lesivos permanentes o destinados a renovarse o agravarse en el tiempo futuro»"[14].

---

12 En relación con la experiencia italiana, CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 840, refiere: "cada vez que se presente la lesión de una situación jurídica subjetiva que tenga por objeto bienes ambientales, el resarcimiento en forma específica en el cual consiste la reintegración no será una facultad concedida al damnificado, bajo el art. 2058 C.C., *sino un deber del juez, que lo dictaminará, en la medida de lo posible, cada vez que se interponga una demanda de resarcimiento*" (las cursivas son añadidas).

13 En esta Directiva Comunitaria, el Anexo II, subtitulado "Reparación del daño medioambiental", se establece una "reparación primaria", constitente en "toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico". Ya en relación con los documentos preliminares de la Directiva –la "propuesta" de Directiva, concretamente–, una experta italiana en la materia hubo de destacar la previsión "como medida principal de resarcimiento del daño significativo al ambiente" el resarcimiento "en forma específica": POZZO, Barbara, voz "*Responsabilità civile per danni all'ambiente*", en *Digesto delle discipline privatistiche*, *Aggiornamento*, 2, t. II, Utet, Turín, 2003, p. 1170.

El ordenamiento italiano ha acogido la Directiva citada mediante el Decreto Legislativo N.° 152 del 3 de abril de 2006. Conforme a este régimen, el responsable "está obligado a reintegrar la situación precedente o, en su defecto, al resarcimiento por equivalente patrimonial, el cual comprende, sobre todo, el costo de la recomposición de las condiciones originales (*reparación primaria*)": TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, 18ª. ed., Giuffrè, Milán, 2009, p. 116. El artículo 311, n. 2, del Decreto en mención señala: "aquel que realizando un hecho ilícito u omitiendo actividades o comportamientos impuestos, con violación de ley, reglamento o resolución administrativa, con negligencia, impericia, imprudencia o violación de normas técnicas, ocasione daño al ambiente, alterándolo, deteriorándolo o destruyéndolo en todo o en parte, está obligado a la reintegración de la situación precedente y, en su defecto, al resarcimiento por equivalente patrimonial frente al Estado".

14 MARELLA, Maria Rosaria, *La riparazione del danno in forma specifica*, Cedam, Padua, 2000, p. 21, que cita, como referencia, un fallo de las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione italiana, el n. 440, del 25 de enero de 1989.

**§ 3.** Otra evidencia de la superficialidad que se denuncia es la poca atención que los jueces prestan a los perfiles técnicos del "juicio de responsabilidad civil", o sea, de aquella operación del entendimiento que se desarrolla para establecer que alguien está gravado o no con una obligación resarcitoria, y dentro de qué límites.

Al practicar este juicio, ciñéndonos a la normativa vigente en nuestro país, los jueces deben constatar, en síntesis: la lesión de una situación jurídicamente tutelada (derecho subjetivo, expectativa, interés legítimo, etc.) y que dicha lesión, en sí misma (violación de derechos constitucionalmente protegidos, por ejemplo) o por sus secuelas perjudiciales (daño emergente o lucro cesante, por ejemplo)[15], debe ser "imputada", en aplicación de alguno de los criterios reconocidos por el legislador (dolo o culpa, riesgo o exposición al peligro, propiedad o garantía), a un individuo distinto de la víctima: al "causante" del evento o al legislativamente señalado como "responsable"[16].

Lo anterior significa –adecuándonos al discurso tradicional– que la responsabilidad civil en el Perú se configura únicamente, y como regla, con la interacción de tres elementos: el daño, el criterio de imputación y la relación de causalidad[17].

---

15 En el Perú, donde es recurrente que la justicia se imparta de manera mecánica, es necesario hacer notar que existen casos en los cuales la responsabilidad civil opera aunque no existan "consecuencias" perjudiciales verificables mediante prueba. Ello sucede, ejemplarmente, cuando la lesión recae en derechos de la personalidad constitucionalmente tutelados como la intimidad o el honor, o cuando la lesión consiste en la manipulación de información personal. Lo mismo ocurre cuando se demanda daños morales puros (padecimiento anímico, sufrimiento o dolor) en atención a eventos como la muerte de un ser querido.

En todos estos supuestos, no hay razón para que los magistrados exijan "pruebas", porque el daño se considera "*in re ipsa*", es decir, que se deduce de los propios hechos. Así, podría ocurrir que de una violación del derecho a la intimidad lo que resulte, objetivamente, sea más bien una ventaja pecuniaria para el afectado, y no una pérdida. Sin embargo, esa consecuencia "ventajosa" no elimina la naturaleza del daño-evento como presupuesto de la responsabilidad civil. La violación del derecho constitucional en sí misma, debe ser resarcida.

16 Respecto de la "relación de causalidad", no hay que olvidar que el legislador muchas veces prescinde del análisis de los hechos concretos, y prescribe una imputación normativa directa de la obligación resarcitoria a personas que bien podrían no tener que ver, "fácticamente" y "activamente", con los daños (como en el caso de la responsabilidad del patrón por los hechos de sus dependientes, o de los representantes legales por los hechos de los incapaces a los que representan).

17 El legislador peruano guarda silencio, no sólo respecto de la "antijuridicidad", a cuya negación como elemento del juicio de responsabilidad civil está dedicada este acápite, sino también respecto de la "imputabilidad", que es la verificación de que el sindicado como responsable

En este ámbito, sin embargo, nuestros jueces persisten en el grave error de incluir en el juicio de responsabilidad civil el análisis del elemento de la "antijuridicidad".

Esta tendencia no tiene razón de ser en ordenamientos que, como el francés, el español[18] o el nuestro, son ajenos a referencias legislativas sobre la "antijuridicidad" y la "injusticia del daño", que sí existen, en cambio, y respectivamente, en Alemania e Italia. La magistratura peruana, para peor, se apoya en este punto en los discursos de representantes de nuestra doctrina menor que padecen de alienación jurídica –es decir, que practican la irreflexiva asunción de modelos extranjeros como automáticamente aplicables en un medio distinto–, y que se esmeran en encontrar en nuestro Código Civil, a toda costa, los rastros de un elemento sin el cual el esquema que han interiorizado a partir de la lectura poco diligente de textos foráneos, simplemente, no funciona.

En cierta ocasión, una alumna, acallando sin éxito sus fuentes de desinformación y, por lo tanto, el origen de su equivocada visión del problema, me preguntó si en materia de responsabilidad extracontractual la antijuridicidad no se podía deducir del artículo 1971 del Código Civil, especialmente, de la figura referida en el numeral 1: el "ejercicio regular de un derecho".

La norma en cuestión estatuye que "*no existe* responsabilidad civil" en los casos de "*ejercicio regular de un derecho*". Sobre esta base, mi interpelante expuso que se podía deducir, *contrario sensu*, que el daño causado sin el respaldo de un derecho (daño "ilícito" o "antijurídico", según su interpretación) sí era fuente de responsabilidad, con

---

(normalmente el agente del daño) es capaz de discernimiento y, por lo tanto, pasible de ser "responsabilizado".

Por tratarse, sin embargo, de un requisito de eficacia de los actos jurídicos en sentido estricto (y siendo tal la categoría a la que pertenecen los hechos generadores de responsabilidad civil), la "imputabilidad" puede deducirse, sin inconvenientes, de la regla según la cual la responsabilidad de quienes actúan sin discernimiento corresponde a sus representantes legales (artículo 1976 del Código Civil).

18 VICENTE DOMINGO, Elena, "*El requisito de la ilicitud y la reparación del daño personal*", en "Revista de derecho privado", t. LXXIV, Madrid, 1990, p. 813, refiere que en el derecho francés y español, la interpretación jurisprudencial es la que suele exigir, de todas formas, el requisito de la ilicitud. Ante ello, postula –en opinión que comparto– que la operatividad de este último es "inexistente" y que su invocación como elemento esencial de la responsabilidad extracontractual "carece de interés" (*sic*), porque "siendo un elemento característico del área penal, la apreciación de una causa de justificación que haga desaparecer la pena no tiene por qué trasladarse al área civil" (*ivi*, p. 837).

lo cual su arraigado –y para ella irrenunciable– marco referencial de "cuatro elementos" (daño, "factor de atribución", nexo de causalidad y antijuridicidad)[19] se mantenía en pie.

Como ocurre en toda controversia jurídica, el conocimiento del origen de las normas, y la informada aproximación a las instituciones reguladas por éstas, son fundamentales para lograr una perspectiva exacta de la problemática.

En primer lugar, considerar que la norma citada puede servir de base para construir, fantásticamente, el elemento de la "antijuridicidad" para el régimen de la responsabilidad civil en el Perú es brindar una visión recortada de este concepto. "Antijuridicidad", en efecto, no significa solamente ausencia de justificación del daño ocasionado (daño *non iure*), sino también oposición de una conducta al dictado preciso de las normas jurídicas y, más aun, al ordenamiento jurídico en su conjunto (daño *contra ius*)[20].

En segundo lugar, hay que saber que la locución "ejercicio regular de un derecho" apareció históricamente entre nosotros en el Código Civil de 1936 con una función precisa: otorgar la tutela resarcitoria en los casos de abuso del derecho.

La figura del "abuso del derecho" tiene todos los visos de haber sido perfectamente conocida por nuestros codificadores de entonces, si se tiene en cuenta la versación de éstos en las tendencias más avanzadas del, entonces predominante, derecho francés, y la atención que brindaron a los avances de la codificación helvética, reciente para la época. Así, bajo el título dedicado a los "actos ilícitos", el artículo 1137

---

19 A pesar de sus inexactitudes y de su falta de concordancia con la normativa vigente en el Perú, esta forma de estructurar el juicio de responsabilidad civil, articulándolo en daño, "factor de atribución", nexo causal y "antijuridicidad" –esquema que tiene origen en el derecho civil argentino, elaborado a partir del derogado Código Civil de Vélez-Sarsfield, que era ciento quince años más antiguo que el nuestro, así como de cuestionables lecturas platenses de las fuentes doctrinarias europeas– sigue siendo el de mayor difusión entre los jueces peruanos.

20 A este respecto, NAVARRETTA, Emanuela, "*L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*", en RESCIGNO, Pietro y Nicolò LIPARI (directores), *Diritto civile*, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. III, *La responsabilità e il danno*, Giuffrè, Milán, 2009, aprecia (p. 139) que "la evolución histórica de la injusticia del daño se caracteriza por una constante: la atención dirigida no sólo a la lesión del interés y, por lo tanto, al damnificado, sino también a la justificación o a la ausencia de justificación de la conducta lesiva generadora del daño y, por lo tanto, al dañador".

del Código Civil derogado prescribía: "no son actos ilícitos [...] 1.- Los practicados en el ejercicio regular de un derecho".

El más destacado de los exégetas del Código Civil de 1936 hubo de comentar al respecto:

> "El primer inciso del artículo se ocupa del ejercicio regular de un derecho. Ello no constituye acto ilícito, de tal modo que *contrario sensu*, el ejercicio irregular, anormal o abusivo del derecho, sí constituye un acto ilícito.
>
> [...].
>
> El artículo II del título preliminar del Código peruano se ha inspirado en la fórmula del artículo 2 del Código Civil suizo, declarando que la ley no ampara el abuso del derecho, con lo que adopta una fórmula que a nuestro modesto parecer es acertada, dejando al criterio del juez la apreciación del caso, en base a la fórmula general (pues aquí, como en otras reglas de carácter idéntico –la buena fe, la equidad, la lealtad comercial, los usos del tráfico, las buenas costumbres–, hay el peligro de caer en el casuismo o en fórmulas estrechas, si se pretende señalar sus características). *Pero el Código se refiere a tal figura de nuevo, en un caso especial, relativamente a los actos ilícitos, en el artículo 1137*"[21].

La locución "ejercicio regular de un derecho" (con el añadido "de un derecho propio", para ser precisos) vuelve a aparecer, en años más cercanos a la codificación peruana de 1984, en el artículo 1071 del derogado Código Civil argentino, conforme a la reforma introducida, a fines de la década del '60 del siglo pasado, por la Ley 17.711, y también está vinculada con la figura del "abuso del derecho". Al igual que en el Código Civil peruano de 1936, no se trata de una mera versión "actualizada" del precepto romano de "*qui iure suo utitur, neminem laedit*" ("quien ejerce un derecho propio no daña a nadie"[22]), sino de una regla concebida específicamente por los

---

21 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano*, t. I, *Acto jurídico*, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1938, p. 240-241.

Tan sólo un año antes, CORNEJO, Ángel Gustavo, *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*, t. I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1937, p. 375, anotaba en igual sentido: "Este ejercicio regular del derecho se vincula con la teoría del abuso de los derechos que nuestro Código considera como acto ilícito, susceptible por lo mismo, de generar la obligación de indemnizar el daño que de él resulte. Esta causa de justificación que dirime la responsabilidad civil, se equipara en sustancia a las que el derecho penal considera bajo las denominaciones de «obrar en virtud de una autorización legal» o «en cumpliendo un deber de función» (sic)".

22 La real dimensión de este precepto, según la lectura moderna de CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, vol. II, *Les biens – Les obligations* (19ª. ed., 2000), reimpresión, Presses Universitaires de France (PUF), París, 2004, § 1148, p. 2313, es que "si se causa un daño a una persona en ejercicio de un derecho que se tiene frente a ella, en principio, no hay lugar a responsabilidad (*neminem laedit, qui suo iure utitur*)".

legisladores platenses para establecer que el abuso del derecho produce consecuencias resarcitorias.

El texto íntegro de la norma argentina en mención prescribía lo siguiente:

> "Art. 1071.- El *ejercicio regular de un derecho propio* o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos*. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

En el derecho civil alemán –obligatorio punto de partida para un análisis certero– la antijuridicidad aparece asociada, realmente, con la figura de la legítima defensa (*Notwehr*), no así con el estado de necesidad (*Notstand*). Se afirma, en tal sentido, que para configurar la legítima defensa, la agresión "ha de ser antijurídica. Por tanto, ésta no debe permitirse por el ordenamiento jurídico por cualquier motivo"[23]. Coherentemente, se concluye que:

> "Un acto realizado dentro del ámbito de la legítima defensa admisible *no es antijurídico*. Tampoco lo es –y en ello consiste la importancia práctica de la norma jurídica– cuando fuese antijurídico según los principios generales del Derecho, debido a que por dicho acto se lesiona un derecho o un bien jurídico protegido del agresor. *Por ello no procede el deber de resarcimiento de daños conforme a los artículos 823 y ss., en tanto que la lesión esté amparada por la legítima defensa, por faltar la antijuridicidad*"[24].

En cuanto al estado de necesidad, la doctrina germana a que remitimos especifica que se trata de una "situación de riesgo inminente para la persona o sus bienes jurídicos"[25]. Ante tal situación, se justifica que el amenazado afecte cosas ajenas, en la medida que ello resulte necesario para conjurar el riesgo y que su acción sea proporcional atendiendo al valor del bien salvado y el bien afectado. Empero, el

---

23 LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 353. La versión alemana actual de esta obra mantiene el parecer del ilustre autor: LARENZ, Karl y Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9ª. ed., Beck, Múnich, 2004, § 19, p. 336 y s.

En la doctrina alemana precedente y traducida al castellano, en los mismos términos: TUHR, Andreas von, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán* (1910-1918), trad. de Tito Ravà, reimpresión, vol. III, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 533 y s.

24 LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 358. Las cursivas son añadidas.

25 IBÍD., p. 360.

damnificado mantiene –distintamente de lo que pasa en la legítima defensa– el derecho a una compensación pecuniaria:

> "El propietario que ha de tolerar el sacrificio de un bien de su propiedad o un daño en el mismo en interés de un bien de mayor valor de otro u otros puede, *aunque la intervención sea legítima*, pedir resarcimiento del daño que por ello le ha sido ocasionado (ar. 904, párrafo 2). La pretensión de resarcimiento de daños se funda, no en un 'acto ilícito' de quien actuó, *sino en la idea de que quien ha de sacrificar algo de sus bienes debido al interés preponderante de otro debe ser por ello indemnizado*"[26].

Estos datos sobre el derecho civil alemán deberían bastar para comprender por qué el esquema del BGB no puede adaptarse a la legislación peruana, y por qué las figuras reguladas en el artículo 1971 del Código Civil nacional no tienen relación, necesariamente, con una "antijuridicidad" entendida "a la peruana".

A dificultades no menores de adaptación parece estar expuesto, en relación con este punto, el esquema del Código Civil italiano de 1942. La normativa itálica también reconoce al perjudicado una compensación en los casos de estado de necesidad. La jurisprudencia opina, entonces, que los daños ocasionados bajo estado de necesidad no excluyen –léase bien– la responsabilidad, sino que solamente la atenúan[27]. En la doctrina, por otro lado, se plantea que el estado de necesidad constituye una "hipótesis de fuerza mayor", es decir, "un evento que imposibilita el respeto del derecho ajeno, pues implica un sacrificio superior al requerido por el normal deber de salvaguarda diligente de los intereses tutelados en la vida de relación"[28].

Los supuestos regulados en el artículo 1971 del Código Civil peruano son, en su totalidad, casos de "ausencia de responsabilidad", es decir, de hipótesis en las cuales, no obstante la verificación de daños-consecuencia, la ley establece que no surge a cargo del autor del comportamiento ninguna obligación resarcitoria ni compensatoria[29].

---

26 IBÍD., p. 361. Las cursivas son añadidas.

27 Así lo refiere: BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità* (1994), reimpresión, Giuffrè, Milán, 2000, p. 666.

28 IBÍD., p. 665. El profesor BIANCA propone diferenciar dos supuestos de estado de necesidad, en atención al derecho "sacrificado". Si se sacrifica un derecho de la personalidad, existe una "eximente personal de responsabilidad"; si se sacrifica un derecho económico, existe una "causa de exclusión de la antijuridicidad".

29 Esta diferencia es imperiosa, teniendo en cuenta –como se indica en el texto– que en Alemania e Italia el daño cometido en estado de necesidad sí autoriza al perjudicado a obtener una

Cuando el legislador peruano estatuye que el ejercicio "regular" de un derecho no es fuente de responsabilidad civil, lo que realmente está estableciendo, *contrario sensu*, es que el ejercicio "irregular" de un derecho sí puede generar una obligación resarcitoria para el agente[30]. ¿No es ello lo que acaece, justamente, en las hipótesis de "abuso del derecho", que, como se ha visto, suelen definirse como ejercicio "no-regular" de un derecho, es decir, "contrario a su función social"[31]?

La utilidad de esta visión para el derecho peruano es muy grande. En nuestro medio, la institución del abuso del derecho tropieza con el gravísimo problema de carecer de consecuencias normativas expresas en el plano resarcitorio e inhibitorio. La figura, en efecto, es invocada en la legislación peruana con la inocua frase "la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivas de un derecho". Así consta en el Título Preliminar del Código Civil (artículo 2) y en la Constitución de 1993 (artículo 103, con la variante: "la Constitución no ampara el abuso del derecho"). Con este fraseo, los operadores jurídicos interiorizan que el abuso del derecho está prohibido, pero no que constituye, si se verifican los elementos requeridos, una fuente de responsabilidad civil[32].

---

compensación pecuniaria, a pesar de que el evento dañoso, siendo legítimo en virtud de la ley, no constituye un acto generador de responsabilidad civil.

30 La antigua posición de CORNEJO y LEÓN BARANDIARÁN, citada *supra*, nota (16), es mantenida por TRAZEGNIES, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual* (1988), 4ª. reimpresión, vol. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 187, quien señala, en relación con el artículo 1971, n. 1 del Código Civil vigente: "En un cierto sentido, esta norma puede ser entendida simplemente como el modo pasivo de expresar el principio de la culpa: aquello que no constituye el ejercicio regular de un derecho es un ejercicio irregular, que configura un acto ilícito y, consiguientemente, da lugar a una responsabilidad por dolo o culpa según el grado de ilicitud o irregularidad involucrado". Nótese, en este fragmento, la aguda separación que TRAZEGNIES postula entre el "ejercicio regular de un derecho" (que el autor vincula, "a la francesa", con la ausencia de *faute*, es decir, de culpabilidad) y la temática de la antijuridicidad.

31 CARBONNIER, *op. cit.*, vol. I, § 183, p. 352: "el solo hecho de apartar el derecho de su función social constituiría un abuso".

32 La comparación jurídica ha hecho notar que un problema equivalente se presenta en un ordenamiento que se cuenta entre los primeros en reconocer legislativamente el "abuso del derecho": el de Suiza, donde el Código Civil (1907) estatuye que "el manifiesto abuso de un derecho propio no es protegido por la ley" (artículo 2, 2º. párrafo). Informadamente, PATTI, Salvatore, voz "*Abuso del diritto*" en *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. I, Utet, Turín, 1987, p. 2, observa que la citada fórmula es "apreciable" por asociar la buena fe con el abuso del derecho (artículo 2, 1er. párrafo), pero que también "encierra muchas incertidumbres: por un lado, en efecto, no indica ningún criterio para la determinación de los comportamientos abusivos; por otro lado, impone un límite –'abuso manifiesto'–, que requiere, a su vez, ulterior

En las más de tres décadas transcurridas desde la entrada en vigor del Código Civil, el derecho peruano no ha dado visos de ser fructífero ni hábil en el empleo provechoso del "abuso" como hipótesis de responsabilidad civil. Hay, por el contrario, quienes sin poder renunciar a la dependencia cultural argentina, que estancó los estudios de derecho civil en nuestro país por más de una década, predican que trata de un "factor de atribución" (*sic*) de responsabilidad civil. No se han estudiado, en cambio, las razones por las cuales el abuso del derecho sigue siendo una institución desaprovechada en el Perú, a pesar de que en nuestro país sí existe un reconocimiento legislativo de la figura en el Código Civil y en la Constitución, a diferencia de lo que ocurre en Francia, de cuya jurisprudencia y doctrina proviene, justamente, la doctrina del *abus de droit*, pero donde el *Code Napoléon* omite toda referencia a ella. ¿Podía acaso ser distinto el destino del abuso del derecho en el Perú, con invocaciones normativas fragmentarias que nada estipulan sobre sus consecuencias resarcitorias y/o inhibitorias?

El yerro del legislador peruano, como bien puede notarse, llegados a este punto, ha consistido en asimilar como supuestos de ausencia de responsabilidad civil figuras y voces de origen y dimensión histórica distintos[33]. Como quiera que ese yerro puede ser revelado con un análisis realmente riguroso, no hay razón para ahondar las confusiones ligando con la "antijuridicidad", automáticamente, todo lo dispuesto en el artículo 1971 del Código Civil. Ello no se admite –como se indicó en los párrafos anteriores– ni siquiera en el ordenamiento alemán, donde la antijuridicidad es requisito expreso del comportamiento generador de la obligación resarcitoria aquiliana, según lo prescrito en el § 823 del BGB.

Lo expresado no excluye, naturalmente, que en algún área específica, el legislador peruano haya contemplado expresamente el requisito de la antijuridicidad,

---

especificación". A favor de los operadores suizos, sin embargo, hay que tener en cuenta que la magistratura goza de amplios poderes –establecidos en el propio Código Civil (artículo 1)– para cubrir las lagunas del derecho, "como si fueran legisladores". A este último respecto, véase: LEÓN, Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 42.

33 Sobre la dimensión histórica de la "legítima defensa" y el "estado de necesidad", y su vinculación con las nociones de "*non iure facere*" e "*iniuria*", son ilustrativas las referencias de ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990), reimpresión, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 998 y s.

entendida como carácter *contra ius* de un comportamiento. Tal es el caso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N.° 27785, en cuya novena disposición final se incluye la siguiente "definición" de "responsabilidad civil":

> "Es aquélla en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. *Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones*, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación de resarcimiento a la entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico".

En oposición, existen sectores en los que nuestro legislador se ha asegurado de excluir toda limitación de resarcibilidad que pueda encontrar apoyo en el falaz requisito de la antijuridicidad. La Ley General del Ambiente, Ley N.° 28611, brinda un inmejorable ejemplo al respecto, pues su artículo 142, subtitulado "de la responsabilidad por daños ambientales", dispone, en su numeral 2, que:

> "Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, *que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica*, y que genera efectos negativos actuales o potenciales".

**§ 4.** Otra de las huellas de la superficialidad, tal vez más notoria y nociva que la relativa a la asunción de la "antijuridicidad" como presupuesto de la responsabilidad civil, proviene de una reforma legislativa que, como tantas otras veces, modificó *in peius* el texto del Código Civil. Me refiero al artículo 345-A, que en el año 2001 introdujo la "indemnización" al cónyuge perjudicado por una separación de hecho.

Reconozco que este tema es uno de los más llamativos para el auditorio de la capital y de provincias con que he tenido el gusto de departir durante el último trienio. Se percibe, al respecto, una inclinación de los jueces y auxiliares de justicia a ligar el artículo 345-A con la responsabilidad civil. Con esta premisa equivocada, el siguiente paso, igual de inexacto, es la invocación judicial de esa figura inflacionaria de los resarcimientos que es el "daño al proyecto de vida", con lo cual el caballero o la dama

protagonistas de la separación terminan siendo considerados "dañadores", y así, pasibles de alarmantes "resarcimientos" pseudo "integrales".

Estos defectos son notables, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema CAS N.° 1312-2005, del 21 de junio de 2006:

> "Quinto.- Pues bien, el artículo 345-A establece que «para invocar el supuesto del inciso 12 del artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización de daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 343, 351 y 351, en cuanto sean pertinentes». Alex F. Plácido Vilcachagua, comentando dicho numeral sostiene que «*con el propósito de reparar los daños que pueda sufrir el cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos, etc.; así como, con la finalidad de contrarrestar las dificultades económicas que enfrente ese cónyuge perjudicado por la separación de hecho, para obtener los medios requeridos y seguir atendiendo sus necesidades y en su caso, las de sus hijos al concluir el vínculo matrimonial, a propósito de la conducta del consorte que motivó tal estado, demostrando la intención manifiesta de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones conyugales y familiares, la ley impone al juzgador la obligación de velar por su estabilidad económica*. Al efecto se contempla la fijación de una indemnización o la adjudicación preferente de bienes sociales, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder (...)»;
>
> Sexto.- De lo expuesto precedentemente, se llega a la conclusión que el referido numeral, con el propósito de proteger al cónyuge que sea demandado por la nueva causal de separación de hecho –incorporada en el inciso 12 del artículo 333– establece que el Juez está en el deber, como regla general, de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho e *inclusive puede señalar una indemnización por los daños y perjuicios que resulten (daño emergente y lucro cesante), incluyendo el daño personal*"[34].

En realidad, el artículo 345-A del Código Civil no regula ni se refiere a un supuesto de responsabilidad civil.

---

34 Sentencia CAS. N.° 1312-2005-CAJAMARCA, del 21 de junio de 2006, publicada en "*Sentencias en Casación*", separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del 30 de noviembre de 2006, p. 17895.

La referencia bibliográfica contenida en el fallo corresponde a PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, *Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio*, en "Gaceta Jurídica", Lima, 2002, p. 122-123.

Incluso si los magistrados persisten en utilizar el esquema errado de los "cuatro elementos", criticado en el acápite anterior, no deberían tener problemas para apreciar el fenómeno en su verdadera dimensión. Si el artículo 345-A del Código Civil regulara, verdaderamente, un caso de responsabilidad civil: ¿dónde radicaría la "antijuridicidad" (entendida en su sentido de *contra ius*) de la conducta del separado o separada agente del daño? ¿Acaso quien decide separarse –utilizando el mismo razonamiento incorrecto– ejerce "irregularmente" un derecho? Por supuesto que no. ¿De dónde derivaría, entonces, la obligación legal del juez de "conceder una indemnización" al "cónyuge perjudicado"? ¿Cómo se fundamentaría este supuesto caso de "responsabilidad civil"?

Ciñéndose a este último esquema, una autora argentina considera, justamente, con fidelidad al enfoque imperante en su país, que, para dictaminar la procedencia de un resarcimiento por divorcio, la "antijuridicidad" (imprescindible) debe caracterizar los hechos generadores de la situación. Según esta óptica, entonces:

> "No deben quedar sin indemnizar los daños y perjuicios originados por el hecho generador del divorcio *cuando sean conductas antijurídicas, exista factor de atribución y guarden relación de causalidad adecuada*"[35].

Puesto que aquí, sin embargo, se examina una norma peruana, y se propone desligar el artículo 345-A del régimen de la responsabilidad civil, creo que no es suficiente apoyo la cita de la advertencia anterior, proveniente de aquella doctrina

---

35 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2002, p. 57 (las cursivas son añadidas). Nótense, en el texto citado, el esquema y hasta las expresiones mismas ("factor de atribución", por ejemplo) que los magistrados de nuestro país están acostumbrados a emplear.

El valor de la obra citada puede encontrarse, empero, en la referencia anónima (pues la autora no refiere la fuente bibliográfica) que demostraría que en la propia doctrina argentina se ha advertido la impropiedad de concebir "daños al proyecto de vida" en los divorcios. En la cita correspondiente (*op. cit.*, p. 68) se lee, efectivamente, que: "un importante sector de la doctrina considera que estos daños no pueden ser indemnizados, ya que «considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños extrapatrimoniales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario pasa por alto no sólo ya la naturaleza especialísima de las relaciones de familia en general, de las matrimoniales en particular, sino primordialmente, una circunstancia relevante y computable, que la mayor parte de la doctrina tiende a valorar que es que *el divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible ante el fracaso de la convivencia matrimonial*»" (las cursivas son añadidas).

foránea que propicia –como ya se indicó– la mecanicidad del juicio de responsabilidad civil.

Lo que el legislador peruano ha hecho, en el nada feliz artículo 345-A es contemplar, nada más que como "uno" de los remedios jurídicos posibles, una atribución pecuniaria a favor del cónyuge que resulte acreditadamente desfavorecido con la separación.

La separación y ulterior divorcio acarrean, como es claro, desbalances patrimoniales en favor de uno u otro de los cónyuges[36], pero no "daños" en sentido jurídico (entendiendo por éstos los daños "resarcibles", o sea, los comprendidos bajo la tutela resarcitoria de la responsabilidad civil). ¿Alguien podría, acaso, contratar un seguro de responsabilidad civil que cubra anticipadamente los costos de estos daños?

Ha sido, por el contrario, un principio de proporcionalidad y solidaridad familiar, verosímilmente, el que ha movido al legislador a fijar en beneficio del cónyuge que quede en peor situación como resultado de la separación alguno de dos remedios referidos en el artículo 345-A del Código Civil: o la "indemnización" (entendida, en este supuesto, como asignación pecuniaria, pero no como "resarcimiento"), o la "asignación de un bien" de la antigua sociedad conyugal.

La decisión sobre cuál de los dos remedios contemplados en el artículo 345-A del Código Civil es aplicable a un caso concreto es totalmente ajena al juicio de responsabilidad civil. En este último –como anotamos al inicio– el magistrado analiza los daños-evento y, en su caso, los daños-consecuencia, para pasar, luego, a dilucidar la causalidad y la imputación. Nada de ello se practica en la aplicación del artículo

---

36 Estos efectos de la separación son puntualmente subrayados en la parte considerativa de la sentencia CAS N.° 1202-2008-LIMA, del 3 de junio de 2009, publicada en "*Sentencias en Casación*" del Diario Oficial "El Peruano", edición del 7 de diciembre de 2009, p. 26953: "todo decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para ambos cónyuges que no lograron consolidar una familia estable; de modo tal que, en procesos como el de autos, los juzgadores deben pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, cuál de los cónyuges resulta perjudicado o bien más perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios en los casos concretos, fijando una indemnización a cargo de la parte menos afectada, salvo que existan bienes que estime puedan adjudicársele de modo que compense su mayor perjuicio; debiendo precisarse que en caso de no poderse determinar cuál es el cónyuge perjudicado, no existe obligación del juzgador de fijar indemnización alguna o adjudicación preferente" (quinto considerando).

345-A del Código Civil: para dicha operación basta la constatación de la alteración patrimonial negativa surgida para uno de los separados. Aquí no hay, en consecuencia, ninguna hipótesis de responsabilidad civil.

Lo expuesto no significa, desde luego, que el espacio de la relación matrimonial sea ajeno a la responsabilidad civil. También en dicho ámbito son factibles lesiones de las más graves, lo cual ha dado lugar a que se proponga la categoría de los "daños endofamiliares", como, por ejemplo, los daños materiales por la mala administración de los bienes propios de uno de los cónyuges, la lesión de los derechos la integridad física y psíquica o a la realización individual plena dentro del entorno familiar.

"Separarse", en cambio, es ejercer una libertad. Poner punto final a una relación conyugal que no tiene posibilidad de mantenerse en pie es, admitámoslo, una solución (las más de las veces, la única solución). Puede ser de saludar, ciertamente, que el legislador peruano promueva la solidaridad entre los ex-cónyuges obligando al juez a imponer a uno de ellos una asignación pecuniaria para el otro. Pero desde ningún punto de vista es dado identificar en el hecho de la separación una fuente de responsabilidad civil.

> "La libertad de apartarse de un vínculo devenido intolerable –nos enseña una aguda estudiosa italiana del derecho de la familia– sólo puede significar que *no son resarcibles daños que sean consecuencia directa de dicha ruptura: por ejemplo, en el plano patrimonial, perder las ventajas sociales y económicas que aseguraba el matrimonio, y en el plano afectivo, el sufrimiento psicológico ligado con la fractura, sentimientos de culpa, frustración, pérdida de autoestima, a menudo dependiente de la crisis*"[37].

Con todo, un análisis exhaustivo del artículo 345-A del Código Civil sí podría revestir utilidad para comenzar a difundir entre nosotros las diferencias que la doctrina europea del derecho civil advierte entre las "indemnizaciones" y los "resarcimientos". Los jueces peruanos asumen que la norma en mención contiene una figura de responsabilidad civil, entre otras razones, porque de ella puede resultar la concesión de una "indemnización". He allí el error, porque una "indemnización" no

---

[37] La cita es de la profesora Gilda FERRANDO, y aparece reproducida en el volumen de PILLA, Vittorio, *La responsabilità civile nella famiglia* (2006), reimpresión, Zanichelli, Bolonia, p. 213-214 (las cursivas son añadidas). Este último autor comparte, por cierto, la opinión de FERRANDO y afirma que "nadie puede ser obligado a proseguir una convivencia que ha devenido intolerable".

proviene –utilizando rigurosamente el lenguaje jurídico– de un acto generador de responsabilidad civil.

El desconocimiento del significado correcto de ambos conceptos es notorio en el siguiente pasaje, de redacción más que penosa, de un fallo de la Corte Suprema:

> "La indemnización es el resarcimiento (*sic*) pecuniario de los daños que se ocasiona en perjuicio de alguna persona, entendiéndose esta como el perjuicio no patrimonial inferido en los derechos de la personalidad, en los valores que pertenecen más al campo de la subjetividad que a la realidad, debiendo por tanto probarse el desmedro y cómo éste ha influido negativamente en la vida subjetiva del afectado, daño que puede ser cuantificable económicamente o patrimonialmente por el juez"[38].

En términos estrictos, "indemnización" es, por ejemplo, el costo que se traslada al patrimonio del incapaz de discernimiento que ocasiona directamente daños y perjuicios a otro y que no tiene representantes legales (artículos 1976 y 1977 del Código Civil). Ello no significa, obviamente, que el incapaz de discernimiento (un niño o un orate) sea visto como "responsable", porque en esta hipótesis los bienes "equitativamente" afectados serán, en definitiva, los de un sujeto "inimputable".

Todas las veces que el antecedente sí sea un acto generador de responsabilidad civil, la obligación naciente será, en cambio, un "resarcimiento" o una "obligación resarcitoria".

Cuando el juez peruano verifica la situación económica desproporcional para uno de los cónyuges separados, y decide conceder el remedio "indemnizatorio" en aplicación del artículo 345-A del Código Civil no está realizando, pues, ningún juicio de responsabilidad civil.

**§ 5.** Al error de advertir una hipótesis de responsabilidad civil donde ella no concurre, se suma, tal como indicamos, el empleo de la malhadada categoría del "daño al proyecto de vida" con el único propósito de inflar los resarcimientos.

---

[38] Sentencia CAS. N.° 640-2009-LIMA, del 22 de abril de 2009, publicada en "*Sentencias en Casación*", separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del 7 de diciembre de 2009, p. 26879. El enredado texto parece postular una inaceptable asociación semántica entre "indemnización" y "compensación del daño moral".

Aunque al tema está dedicado uno de los estudios incluidos en esta nueva edición, no puedo dejar de referirme en esta *Introducción*, con satisfacción, a los pronunciamientos de las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione italiana en contra del carácter resarcible del "daño existencial", categoría hermanada, en tanto sujeta a las mismas críticas, con el "daño al proyecto de vida"[39].

El 11 de noviembre de 2008, las Sezioni Unite dieron a la publicidad las resoluciones 26972, 26973, 26974 y 26975[40], en las cuales, con idéntica argumentación, concluían:

> "No son merecedores de la tutela resarcitoria invocada a título de daño existencial, sin duda, los perjuicios que consisten en molestias, fastidios, contrariedades, ansias y en todo otro tipo de insatisfacción concerniente a los aspectos más variados de la vida cotidiana que cada quien desenvuelve en el contexto social, a los cuales, sin embargo, sí han dado protección los juzgados de proximidad. Para considerar resarcibles dichos perjuicios no es válido invocar derechos del todo imaginarios como el *derecho a la calidad de vida, al estado de bienestar, a la serenidad: en definitiva, el derecho a ser felices*. Fuera de los casos determinados por la ley ordinaria, *sóo la lesión de un derecho inviolable de la persona concretamente individualizado es fuente de responsabilidad resarcitoria no patrimonial*"[41].

Este pronunciamiento de las Sezioni Unite, esperado con grandes expectativas por los defensores y por los censores del "*danno esistenziale*" desde comienzos del año 2008[42], ha confirmado, pues, que en Italia, el resarcimiento del llamado "*daño no*

---

39 A consagrar el parangón, en las buenas y en las malas (y ahora, irremediablemente, en las malas), viene contribuyendo decisivamente, con su visión desfigurada y desinformada de la realidad peruana, un investigador italiano de la Universidad de Údine: BILOTTA, Francesco, "*«Daño al bienestar», «daño al proyecto de vida» e danno esistenziale: una lettura comparatistica*", en *Responsabilità civile e previdenza*, año LXXII, abril de 2007, p. 987 y s.

En este último trabajo, BILOTTA se permite citarme "de segunda mano", para expresar –sin haberme leído siquiera– su discrepancia de cuanto yo, según él conjetura, sostengo en mi ensayo "*Funcionalidad del daño moral e inutilidad del «daño a la persona» en el derecho civil peruano*" (publicado en el año 2003 y recogido en este volumen). Lo que BILOTTA me atribuye, inexactamente, es la propuesta de asimilar el "daño moral" al "daño a la persona". Ello –como puede verificarse *leyendo*, desde luego, el capítulo correspondiente– es algo que jamás he propuesto. Lo que yo postulo es que el "daño a la persona" está comprendido en el "daño moral", en la acepción, admitida por éste, de "lesión a los derechos de la personalidad".

40 Estos importantes pronunciamientos de las Sezioni Unite pueden consultarse, en texto completo, en el website: http://lider-lab.sssup.it, con comentarios de mis compañeros de doctorado Luca NOCCO y Maria GAGLIARDI, además de puntuales apreciaciones críticas de Giovanni COMANDÉ.

41 La cita corresponde a la Sentencia 26972/2008, § 3.9.

42 El reenvío para el pronunciamiento de las Sezioni Unite tuvo lugar, entre otros antecedentes, por *ordinanza* n. 4712 de la Sala III de la Corte di Cassazione, del 25 de febrero de 2008, cuya

*patrimonial*" sólo es procedente cuando de por medio tiene lugar la violación de derechos constitucionalmente protegidos[43].

Así se ha consagrado una propuesta de los magistrados supremos itálicos para el bloqueo, imperiosamente demandado, de los llamados "daños de bagatelas", es decir, los daños alegados –las más de las bases con puras ambiciones pecuniarias–sobre la base de supuestas perturbaciones del "ser" o, como se solía decir, de "esfera existencial" de la persona. Por tan nociva vía, los últimos años fueron de intensa producción judicial en amparo de caprichos propiamente dichos, disfrazados como "daños resarcibles" por ávidos abogados; fenómeno que es evocado, gráficamente en el dictamen de las Sezioni Unite:

> "El resarcimiento de pretendidos daños existenciales ha sido requerido frencuentemente a los jueces de paz, y ha dado lugar a la proliferación de los llamados pleitos de bagatelas.
>
> Con dicha fórmula se identifican las causas judiciales resarcitorias en las cuales el daño consecuencial es fútil o irrisorio, o bien, aun siendo objetivamente serio, es, sin embargo, y según la conciencia social, insignificante o irrelevante por el nivel alcanzado.
>
> En ambos casos, tiene que existir la lesión del interés en términos de injusticia constitucionalmente cualificada, queda excluida de raíz (fuera de los casos previstos por la ley) la posibilidad de invocar el art. 2059 C.C.
>
> La diferencia entre ambos casos está dada por el hecho de que en el primero, en el ámbito del área del daño-consecuencia cuya reparación es requerida, se alega un perjuicio existencial fútil, carente de seriedad (no poder gritar en el estadio, fumar o tomar bebidas alcohólicas); en el segundo, es la ofensa en sí la que carece de gravedad, por no haber afectado el derecho sino

---

máxima rezaba así: "las actuales posiciones jurisprudenciales (y más aún, las doctrinales), caracterizadas por fuertes momentos contrastantes (y, no pocas veces, de confusión) sobre los aspectos morfológicos y funcionales del daño no patrimonial, postula una nueva intervención de las Sezioni Unite, no sujeta a ulterior reenvío; intervención que, por otro lado, es auspiciada con cada vez mayor intensidad en todos los ambientes (forenses, doctrinales, jurisprudenciales) de los actuales operadores del derecho, a fin de brindar una respuesta definitiva a las múltiples interrogantes que el tema del daño no patrimonial continúa planteando". La *ordinanza* fue publicada en *Danno e responsabilità*, 2008, n. 5, p. 553 y s., con comentarios de Giulio PONZANELLI y Marco BONA.

43 Justificadamente, se ha expresado el temor de que la referencia a la Constitución ahonde el problema de las pretensiones resarcitorias imaginarias: GAZZONI, Francesco, "*Il danno esistenziale, cacciato come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*" (2009), en http://www.judicium.it. El siempre agudo autor nos dice que la decisión de las Sezioni Unite tiene como punto débil el haber considerado que "la mala hierba resarcitoria existencialista, expandida desmedidamente, puede ser extirpada manteniendo con vida el perjuicio (o daño) existencial vinculado, empero, con el filtro de los derechos constitucionales inviolables; un filtro que, bien puede sostenerse, hace agua por todas partes. Es previsible, entonces, que incluso el apreciable *Diktat* lanzado a los jueces da paz no será escuchado, y así, la proliferación de la litigiosidad típicamente itálica no será en modo alguno evitada".

> mínimamente: tal como ocurre en el caso de un raspón superficial de la piel, del dolor de cabeza por una sola mañana, a causa de los humos de una fábrica, de la molestia de pocas horas causada por la imposibilidad de salir de casa debido a la ejecución de trabajos en las calles por igual duración (en este último caso no se ha lesionado un derecho inviolable, pues no tiene ese rango el derecho a la libre circulación consagrado en el art. 16 de la Constitución, que puede ser limitado por varias razones"[44].

Aunque no se ha llegado a semejantes extremos en el ordenamiento peruano, la impresión que genera la lectura de sentencias nacionales en las que se invoca el "daño al proyecto de vida" hace temer, justificadamente, un fenómeno equiparable al enfrentado, decididamente, por las Sezioni Unite. Ello se observa, precisamente, en los fallos peruanos que, incluso en la más alta instancia, santifican la concesión de resarcimientos de "daños al proyecto de vida" por parte de los jueces de grado inferior, sin que en la argumentación exista el menor rastro de análisis.

La aplicación del artículo 345-A es –como se indicaba líneas atrás– es una de las que mejor se ha prestado para la invocación artificios inflacionarios del resarcimiento como el "daño al proyecto de vida".

Hace poco, durante una conferencia ante funcionarios de la Corte Superior de Ica, una magistrada objetó –luego de mi exposición contra el "daño al proyecto de vida" endofamiliar en los casos de separación de hecho por infidelidad– que para ella constituía suficiente prueba de atentado contra el "proyecto de vida" los "años perdidos" por una mujer que se había separado de su marido luego de un tristísimo episodio de infidelidad protagonizado por este último.

Aunque este reprochable parecer de aquella objetante carece, claramente, de todo fundamento jurídico, he tenido oportunidad de verificar en otras ocasiones, siempre con desazón, que muchos magistrados parcializados, conscientemente o inconscientemente, con los intereses de la víctima de la infidelidad, participan de tan temeraria tendencia. El "daño al proyecto de vida" entra en escena, entonces, como un expediente retórico que les sirve para coronar un razonamiento teñido de errores

---

44 Sentencia 2692/2008, § 3.10.

desde su propio planteamiento, y que desemboca en decisiones judiciales cuestionables, algunas de las cuales se comentan en el presente volumen.

Las Sezioni Unite concluyen sus emblemáticas resoluciones de noviembre del año pasado con expresiones a las que cabe reconocer valor pedagógico, incluso entre nosotros, siempre que se participe de la convicción de la imperiosidad de impedir la difuminación de la casuística sobre el "daño al proyecto de vida":

> "En conclusión, debe confirmarse que el daño no patrimonial es una categoría general no susceptible de subdivisión en subcategorías diversamente etiquetadas. En particular, no se puede hacer referencia a una subcategoría genérica denominada 'daño existencial', porque con ella se termina encuadrando el daño no patrimonial en la atipicidad, aunque para ello se identifique la figura categorial, aparentemente típica, del daño existencial, en la cual confluyen, sin embargo, hipótesis no necesariamente previstas por la norma, a efectos de la resarcibilidad de dicho tipo de daño; lo cierto es que esta situación no es deseada por el legislador ordinario ni tampoco se le puede considerar requerida por la interpretación constitucional del art. 2059 C.C., que se satisface con la tutela resarcitoria de valores específicos de la persona asistidos de derechos inviolables según la Constitución"[45].

Cuando comencé a estudiar el "daño existencial", más de tres lustros atrás, hice notar en alguna de mis contribuciones, con la luminosa guía de mi maestro Luigi Corsaro, los peligros que se cernían para el sistema de la responsabilidad civil ante la proliferación de situaciones de "daño resarcible" realmente extravagantes, como la muerte de las mascotas y el robo de la moto nueva comprada con el primer sueldo. Más tarde, estos riesgos fueron objeto de un análisis más técnico, con la inspiración de las lecturas de Francesco Donato Busnelli, Giovanni Battista Ferri, Francesco Gazzoni, Vincenzo Roppo, Giulio Ponzanelli y del juez Marco Rossetti. Además, los exponentes de la dogmática del derecho civil que yo he admirado siempre, con la sola, aunque notable, excepción de Pier Giuseppe Monateri[46], ni siquiera prestaban atención a las

---

45 Sentencia 26972/2008, § 3.13.

46 MONATERI, Pier Giuseppe, "*Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*", en *Danno e responsabilità*, 1999, n. 1, p. 5 y s.; ID., "*«Alle soglie»: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*", en *Danno e responsabilità*, 2000, n. 8-9, p. 836 y s.

Llama la atención, en relación con la remarcada indiferencia de los exponentes de la dogmática, la neutralidad exhibida por SCALISI, Vincenzo, "*Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año LVIII, 2004, especialmente, p. 812 y s.

propuestas de la Escuela de Trieste, desde un inicio encaminadas, inexorablemente, a provocar el colapso de la tutela resarcitoria. De aquí que se haya subrayado, en términos incontrovertibles, el "déficit de carácter científico" que singulariza la prédica de los defensores del "daño existencial"[47].

Yo me pregunto –con la certeza de que la respuesta ha de ser positiva– si ese "déficit de carácter científico" no será predicable también con respecto al "daño al proyecto de vida", pues aun admitiendo que éste fuera identificable como fenómeno, hay razones irrefutables que mueven a excluirlo del conjunto de los daños efectivamente resarcibles y, con ello, del juicio y del vocabulario, inclusive, de la responsabilidad civil.

Como en el Perú se tiende a importar los problemas jurídicos foráneos, también tenemos un equivalente al "daño existencial" que eliminar del juicio de responsabilidad civil: el "daño al proyecto de vida". Esta expresión cabalística no va a hacer que la tutela resarcitoria sea más justa en nuestro medio. Todo lo que hace es "inflar" los resarcimientos, normalmente en perjuicio de las funciones preventiva y sancionadora de la responsabilidad civil.

En alguna sentencia de primera instancia, leí, por ejemplo, que un individuo separado y divorciado de su mujer, una vez más, al cabo de un mediáticamente publicitado episodio de infidelidad, era condenado al pago de ciento cincuenta mil nuevos soles a título de resarcimiento del supuesto "daño al proyecto de vida" a la mujer; ello, naturalmente, con la base legal del artículo 345-A del Código Civil[48]. La autoría de ese fallo correspondió a una magistrada que renunció de plano, y

---

47 PONZANELLI, Giulio, "*La responsabilità civile e la perdita di scientificità: dai* system builders *al danno esistenziale*", en *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXXIII, n. 11, noviembre de 2008. Texto consultado en la base de datos: http://dejure.giuffre.it.

48 Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla, Expediente N.° 770-06-C, sentencia del 6 de agosto de 2007.

Con mucha menor "suerte", una dama ha obtenido el reconocimiento, por parte de la Corte Suprema, de una reparación "prudencialmente estimada" de sólo tres mil nuevos soles, atendiendo al "hecho del abandono económico sufrido por ella por decisión unilateral del demandante, además de que no cuenta con bienes propios o trabajo conocido": sentencia CAS. N.° 1202-2008-LIMA, del 3 de junio de 2009, en "*Sentencias en Casación*", separata del Diario Oficial "El Peruano", edición del 7 de diciembre de 2009, p. 26954 (décimo considerando). Estas angustiosas circunstancias, por cierto, no se presentaron en el referido caso ventilado ante el Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla. ¿Por qué, entonces, sólo tres mil nuevos soles?

censurablemente, a preguntarse si con su decisión contribuía de verdad a estimular fidelidades o comportamientos leales en los justiciables. No puede realizarse un juicio de responsabilidad civil con prescindencia de una proyección de los resultados que la decisión tendrá en las conductas futuras (incluso en las del propio imputado).

> "He sido, soy y seré –escribe Ponzanelli– un convencido anti-existencialista: resarcir el daño no patrimonial existencial, en la acepción querida por los existencialistas, *significaría anular del todo las fronteras de la responsabilidad civil, así como su irrenunciable función desincentivadora de conductas (que debería ser, junto con la reparación del daño, su otra función principal)*"[49].

Estas son las razones por las cuales el "daño al proyecto de vida" comparte las críticas que, en Italia, han sido determinantes para lograr el destierro del "daño existencial", como las del propio Ponzanelli, que en un artículo reciente se refiere a dicha figura como ejemplo –tal vez el más claro– "de la violación de toda regla científica en la interpretación y en la aplicación de las reglas de responsabilidad civil"[50].

En tiempos recientes se ha hecho constante la referencia al reconocimiento que el "daño al proyecto de vida" habría recibido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A ello hay que replicar –y hacer conocer al público lector, en especial a quienes no tengan la saludable costumbre de constatar la verosimilitud de ciertas afirmaciones– que lo innecesario del "daño al proyecto de vida" ha sido destacado, más bien, por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la causa "*Gutiérrez Soler vs. Colombia*", resuelta mediante sentencia del 12 de septiembre de 2005, el extinto juez de Barbados, Oliver Jackman apuntó en su voto razonado, efectivamente, que:

> "El concepto de daño compensable al llamado «proyecto de vida» –a parte de la impresión que podría generar de una Corte demasiado ansiosa en encontrar formas novedosas para castigar a los Estados demandados– es, en

---

49 PONZANELLI, "*Il danno no patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle Sezioni Unite*", en *Danno e responsabilità*, 2008, n. 5, p. 558.

50 PONZANELLI, "*La responsabilità civile e la perdita di scientificità*", cit., § 4.

mi opinión, respetuosa, artificial, y una creación que no responde a una necesidad jurídica identificable"[51].

**§6.** Una de las razones de la invocación alarmantemente recurrente del "daño al proyecto de vida" es, con seguridad, la poca destreza que nuestros magistrados exhiben en el empleo de la categoría del "daño moral", que conforme al régimen del Código Civil debe atenuarse económicamente tanto en el campo contractual (art. 1322) cuanto en el extracontractual (art. 1984).

En efecto, si una visión informada del daño moral, como la que se propone en los ensayos reunidos en este volumen, es decir, como figura comprehensiva del tradicional "sufrimiento, dolor o padecimiento anímico" y de la "violación de los derechos de la personalidad", lograse calar en nuestros jueces, quedaría comprobado ulteriormente el carácter prescindible (y nocivo) del "daño al proyecto de vida".

En este aspecto, merece especial realce la progresiva afirmación en la jurisprudencia peruana de la naturaleza genuinamente punitiva de las sumas concedidas por los jueces a título de daño moral.

Resolviendo un triste caso de transmisión del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a un recién nacido por el uso de sangre infectada en una transfusión que se le practicó tras el alumbramiento, nuestra magistratura ha concedido una suma ciertamente fuera de lo común en el medio peruano: ochocientos mil nuevos soles[52].

Analicemos los hechos: en agosto de 2004 la madre de la víctima acudió a un establecimiento de salud público para dar a luz. Según ella afirma, ingresó a recibir tratamiento en la Unidad de Cuidados Intermedios del Instituto Especializado Materno Perinatal de Lima, y al presentar el neonato un "trastorno de coagulación",

---

51 El texto íntegro de la sentencia citada puede consultarse en el website de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr. Este fallo –nótese bien– es posterior a los emitidos por la misma Corte en los casos "Loayza Tamayo" (1997) y "Cantoral Benavides" (2000), que son invariablemente (y de seguro anacrónicamente) invocados en el periodismo jurídico nacional como signos indiscutibles del reconocimiento de la "resarcibilidad" de una categoría más bien cuestionada por los magistrados de tan ilustre tribunal internacional.

52 Sentencia del 16°. Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, del 27 de abril de 2009 (inédita), que fuera confirmada por la Corte Superior.

el personal de esta entidad decidió realizarle una trasfusión, para lo cual se utilizó plasma congelado proveniente de una donación.

Lamentablemente, la donación de la sangre empleada en la trasfusión había sido admitida por el centro de salud sin una verificación de los hábitos de vida del donante. La madre de la víctima señala, asimismo, que en ningún momento se le solicitó –como era debido– la autorización para el tratamiento aplicado a su hijo y que, por otro lado, la situación que se presentó no era de emergencia, como para que se obviara este paso imprescindible. Como consecuencia de la trasfusión, el menor quedó contagiado con el VIH.

En la demanda –de acuerdo con la reseña contenida en la sentencia– la madre de la víctima sostiene que se habrían presentado, además del daño emergente y el lucro cesante, las siguientes hipótesis de daño:

> "Un daño biológico consistente en la infección del VIH, daño a su cuerpo de una magnitud lesiva muy grave, debido a que esta enfermedad es irreversible y afecta el sistema inmunológico; asimismo, se ha producido un daño psíquico, dado que este virus es una enfermedad con la que el menor va a tener que lidiar toda su vida, dado que las afecciones psíquicas pueden ser mucho más graves que las afecciones biológicas, debido a que sus desencadenantes se van a suceder en una serie de aspectos de la vida del menor al tener que enfrentar a una sociedad que trata de manera injusta a personas infectadas con VIH, a ello se suma el daño a la salud o al bienestar".

Inútiles son los esfuerzos de la autora del fallo comentado para justificar sobre la base de las voces tradicionales de los daños el monto de la "indemnización" fijada (exactamente coincidente, además, con la suma pretendida por la madre de la víctima). La juez se equivoca al subestimar el hecho de que quien pretende el resarcimiento, a título personal, no es la propia víctima, sino su representante legal, en nombre propio. Como es obvio, esta forma de proceder de la demandante obligaba a la magistrada a diferenciar los daños con minuciosidad, a fin de evitar duplicaciones resarcitorias, más aun, teniendo en cuenta que por la difusión mediática del caso, el Gobierno había reconocido a la demandante y a su hijo una compensación pecuniaria.

Puesto que el punto de partida es errado, la argumentación elaborada por la juez es consecuentemente débil, si no artificiosa, como si forzosamente se le encaminara hacia la justificación, incuestionable, de la suma otorgada:

> "Décimo Tercero.- Que, en el caso de autos está acreditado el daño psicosomático, biológico, psíquico en la vida del menor afectado y de su madre, dado que el virus del VIH trae consecuencia (*sic*) irreversibles en la vida del menor, el cual no podrá llevar una vida normal, sino que deberá estar sujeto a cuidados especiales, continuos y permanentes, aunado al trauma psicológico de saber que se tiene dicha enfermedad y la discriminación que la sociedad tiene hacia las personas afectadas por dicho mal, lo cual afecta irremediablemente el proyecto de vida del menor infectado, siendo también la familia del menor afectada; Décimo Cuarto.- Que, en cuanto el (*sic*) daño emergente, éste también se encuentra acreditado, dado que si bien el menor afectado recibirá tratamiento médico por la emplazada, existen gastos adicionales como son medicinas de mejor calidad –que los hospitales nacionales no proveen–, alimentación especial, entre otros, que el menor debe recibir para mantener una salud equilibrada y que le permita subsistir; Décimo Quinto.- Que, en cuanto al lucro cesante, esté (*sic*) se demuestra con el hecho que la madre del menor deberá brindar atención especial en el cuidado de su hijo, no pudiendo por ende atender otras actividades laborales que brinden ingresos a la familia, como ya no viene sucediendo en el caso de autos".

En este pronunciamiento no se aprecia más que un asentimiento de la magistrada a la pretensión de la demandante. Sus expresiones ni siquiera resisten un análisis desde la perspectiva de las presunciones, que a veces son inevitables en la fijación del *quantum* del resarcimiento. En modo alguno puede considerarse, sin embargo, que los recursos de la juez sean suficientes para dar sustento jurídico a una "indemnización de daños y perjuicios" ascendente a ochocientos mil nuevos soles, más intereses legales.

Si se tiene en cuenta, con todo, que un contagio de VIH es un ejemplo indiscutible de daño irreparable, y que ante dicho perjuicio los jueces estadounidenses no han dudado en reconocer a las víctimas sumas compensatorias de varios millones de dólares[53], no hay cómo poner en discusión la justicia y proporcionalidad del monto concedido (siempre, claro está, que luego no se pretenda un resarcimiento directo para la víctima, bajo la idea de que en esta ocasión la magistratura se ha pronunciado sólo respecto de los daños causados a su familia). Ante esta situación, la tarea del jurista es

---

53 Véase la nota de MARCOTTE, Paul, "*Record AIDS Verdict: Woman who received infected blood wins $12 million*", en "ABA Journal", junio de 1990, p. 26, donde se relata la historia de Holly Sustro LaLonde, una joven que a los veinte años fue infectada por el VIH por una trasfusión realizada en el Mount Carmel Health Hospital, con sangre provista por la American Red Cross, y que, al cabo de 5 años de litigio, obtuvo de los tribunales de Columbus (Ohio) el reconocimiento de una *compensation* del orden de 12 millones de dólares.

encontrar, más que una justificación, una explicación atendible de la fijación del monto.

Partiendo del dato constatable de que el promedio de los resarcimientos concedidos por los jueces peruanos por muerte o por pérdida de capacidad para el trabajo es alarmantemente bajo, el fundamento que los magistrados están autorizados a invocar en decisiones de gran controversia y dimensión social como la del caso comentado es el perfil sancionador de los remedios de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil no tiene como única función el resarcimiento –es decir, el retorno de la situación preexistente al evento dañoso–, sino que cumple, en igual medida, funciones de desincentivación de los potenciales dañadores y de sanción contra los dañadores. Esta visión –renovada, al menos entre nosotros– de la responsabilidad civil permite postular que la razón de ser de un resarcimiento ejemplar está, no en un ponderado y detallado ejercicio de cuantificación de los daños ocasionados a la víctima de la transfusión del VIH, sino en la necesidad de generar, en el seno de las administraciones de los establecimientos de salud, incentivos para prevenir la reiteración de casos como éste.

Así pues, la suma de ochocientos mil nuevos soles concedida a la madre de la víctima en el caso bajo análisis puede ser reconocida como legítima, antes que por la estéril justificación brindada por la juez redactora del fallo, por la conciencia general sobre la urgencia de decisiones judiciales idóneas para desincentivar eficazmente comportamientos dañosos, como la ausencia de control de la sangre que se utiliza en las transfusiones. Con una compensación económica ejemplar, como la impuesta en el caso comentado, la juez ha dado realce, sin saberlo, a la faz punitiva del juicio de responsabilidad civil.

Ninguna cifra podría, en efecto, lograr una reintegración del estado de la victima con anterioridad al evento dañoso. Ante la salud de un menor que es afectada de manera permanente, el juez está autorizado (y obligado) a considerar, al momento de cuantificar la compensación económica, el impacto que su sentencia tendrá en la administración de los hospitales hacia el futuro, de modo tal que se generen buenos incentivos para el control y prevención de daños equivalentes. Al mismo tiempo, el

magistrado coadyuva así en el refuerzo de los derechos fundamentales, atendiendo a que el mensaje que encierra toda decisión de los casos de responsabilidad civil por daños a derechos de la personalidad es la reafirmación de la vigencia de éstos, y del precepto constitucional que hace de la persona el "fin supremo de la sociedad". Un monto insignificante, no sólo no habría contribuido en nada a lograr ninguno de estos objetivos, sino que habría sido contraproducente.

A este respecto, la doctrina ha individualizado un principio propiamente dicho, que desde hace tiempo ocupa un lugar central en los debates actuales de responsabilidad civil: el principio de la precaución.

> "La sociedad –afirma, desde este punto de vista, Izzo– debe hacer de todo para evitar que la ocasión del daño se verifique; hay que utilizar la responsabilidad civil, entonces, como un generador incisivo de señales dirigidas a los actores sociales en su totalidad, para que se preocupen lo más posible en hacer que se disponga de informaciones respecto del riesgo, y para que estén siempre con los ojos abiertos para controlar qué está sucediendo, de modo que a la primera alarma de que pueda ocurrir algo nefasto o catastrófico, actúen prontamente, aunque no existan mandatos reglamentarios emanados de la autoridad central regulatoria. En otras palabras, aquí hay que incentivar la actividad de precaución de los sujetos que operan bajo la regla de responsabilidad civil"[54].

Los daños por transfusiones de sangre han cobrado tanta relevancia en el escenario contemporáneo de la responsabilidad civil, que en algunos países que son referentes de nuestra cultura jurídica, como Francia e Italia, ya se han puesto en evidencia los "límites" de los remedios resarcitorios frente a este tipo de perjuicios. La responsabilidad civil ha cedido su lugar, entonces, a mecanismos de compensación de naturaleza "previsional", por la convicción generalizada sobre el carácter prioritario del auxilio que requiere la víctima, lo cual mueve a desplazar toda forma de "judicialización" de estos casos. En Francia, según esta perspectiva, se ha concebido un fondo de compensación al que contribuyen múltiples operadores del campo sanitario; mientras que en Italia, la "indemnización" a las víctimas de infecciones por

---

54 IZZO, Umberto, "*La precauzione e la responsabilità per il danno da contagio per via ematica: aspetti generali*" (2004), disponible en el *website* del Consiglio Superiore della Magistratura: http://www.csm.it, p. 5 (del documento pdf).

transfusiones de sangre deriva de un sistema de seguridad social, de nítida raigambre solidaria[55].

**§7.** La función punitiva de la responsabilidad civil se ha mostrado recientemente en toda su magnitud a propósito de la mediática controversia judicial entre la conductora de un programa de televisión, Magaly Medina, y un futbolista, Paolo Guerrero.

Tanto en el programa de televisión cuanto en la revista de espectáculos que dirige, la señora Medina difundió la noticia que el futbolista, en lugar de estar con sus compañeros en la concentración de la selección nacional, que debía disputar un partido internacional, acudió a un restaurante en compañía de una amiga; establecimiento en el que –según se informó en los medios dirigidos por Medina– permaneció hasta las primeras horas de la madrugada. Unas fotografías, captadas por los reporteros del programa, parecían demostrar la verosimilitud de lo informado.

En salvaguarda de sus derechos, Guerrero respondió a la afrenta con una querella por difamación, la cual, como resultado de una decisión judicial de primera instancia harto cuestionable, significó a Medina un breve pero significativo período de encarcelamiento efectivo. En segunda instancia, la Corte Superior de Lima, sin perjuicio de revocar la exagerada medida de la prisión efectiva, mantuvo el rigor de la sanción contra la querellada, condenándola a un año de pena privativa de libertad suspendida, al pago de doscientos días-multa (equivalentes al 25% de sus ingresos diarios) y a abonar una reparación civil de cien mil nuevos soles.

Nuevamente el país donde la integridad física y la propia vida humana acostumbran ser subvaluadas por los tribunales de justicia, los vocales superiores imponían una condena inusual, y no menos impropia, atendiendo a que el buen nombre y la reputación de las personas (típico ejemplo de daño "irreparable",

---

55 La Ley N.° 210 del 25 de febrero de 1992, que contempla una "indemnización" (*indennizzo*) a las víctimas contagiadas, irreversiblemente, de hepatitis o VIH por transfusiones de sangre infectada; suma que puede concurrir, si la magistratura así lo resuelve, con el remedio resarcitorio concedido sobre la base de un juicio de responsabilidad civil. Entre las múltiples notas de jurisprudencia sobre este sistema "de doble vía" y "pro-víctima", remito a la de GORGONI, Marilena, "*Responsabilità per emotrasfusione: risarcimento o indennizzo?*", en "Danno e responsabilità", Milán, 1997, p. 734 y s.

especialmente cuando el agravio se propala por un medio de comunicación) se tutelan, si se ha de ser coherentes, con el resarcimiento en forma específica (desmentido de la noticia falsa, por la propia parte difamadora).

Oleando los múltiples errores de perspectiva de las instancias inferiores, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema[56] ha "ajusticiado" a la querellada con el siguiente dictamen:

> "Impusieron a la sentenciada [...] tres años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años bajo el cumplimiento obligatorio de las reglas de conducta que se indican en la sentencia de vista con el apercibimiento de revocar la medida de suspensión de la efectividad de la pena por incumplimiento de alguna de ellas dentro del plazo fijado. III. Aclararon la regla de conducta consignada en el acápite d) de la sentencia de vista en el sentido que *la sentenciada* [...] *además de hacer público los términos resolutivos de la sentencia, las declaraciones rectificadoras deben incidir de modo categórico en señalar la falsedad de la noticia agraviante que afectó el honor del querellante, difundiéndolas por los mismos medios y número de días en que se propaló la noticia ofensiva*. [...]. V. Declararon haber nulidad en la misma sentencia de vista en el extremo que por mayoría revocó el monto de la reparación civil fijada por la sentencia de primera instancia en ochenta mil nuevos soles impuesta a la sentenciada [...], y la reformó e impuso la suma de cien mil nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar en forma solidaria con el tercero civilmente responsable [...] a favor del agraviado; reformándola: *fijaron en la suma de doscientos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar la sentenciada* [...] *en forma solidaria con el tercero civilmente responsable* [...] *a favor del agraviado*. VI. Declararon haber nulidad en la sentencia de vista que por mayoría confirmó la sentencia de primera instanica en el extremo que impuso la pena pecuniaria de doscientos días-multa equivalente al veinticinco por ciento del haber diario de la sentenciada [...], la misma que deberá pagar en el plazo establecido en el artículo cuarenta y cuatro del Código Penal; reformándola: *impusieron a la sentenciada* [...] *trescientos sesenta y cinco días-multa equivalente al cincuenta por ciento de su haber diario, la misma que deberá pagar en el modo y forma de ley.* [...]".

Una visión prístina de la situación, desde el punto de vista jurídico, exige dejar a un lado posiciones aprioristas sobre el contenido del programa y de la revista de espectáculos que sirvieron para difundir la noticia falsa (siendo precisos, la noticia cuya verosimilitud no se consiguió probar). También debe prescindirse de las diferencias que una lamentable parcelación de las áreas del derecho, asistida por una

---

56 Sentencia en el R.N. N.° 440-2009, del 9 de julio de 2009, cuyo texto íntegro puede ser consultado en el *website* del poder judicial: http://www.pj.gob.pe.

técnica precaria y subdesarrollada, postula entre la "reparación civil" y el "resarcimiento".

En concreto tenemos, entonces, a una persona querellada por haber afirmado en dos medios de comunicación por ella dirigidos que un futbolista no estaba en el lugar donde tenía que estar, a cierta hora, en estricta observancia de sus compromisos con la selección nacional. El sentido común –que muchas veces es tan o más esclarecedor que el sentido jurídico– asocia comportamientos como éstos con la irresponsabilidad, y no, naturalmente, con la comisión de delitos, inmoralidades o actos contra las buenas costumbres. Nada de ello, sin embargo, parece haber sido relevante para los vocales supremos, que decretan el ajusticiamiento de la querellada con un cuádruple resarcimiento.

En efecto, la querellada debe abonar a la víctima de la difamación una reparación civil que equivale a la cuarta parte (¡!) de la suma que, como se ha referido anteriormente, ha sido fijada como resarcimiento para el menor contagiado con el VIH en un hospital público y su familia. ¿Es ello congruente? Se vuelve risible, frente a tamaño desacierto, la insistencia con la que algunos –ya lo hemos anotado– postulan que la jurisprudencia sea "vinculante", porque es evidente que para ningún vocal supremo firmante del fallo contra Medina tiene valor referencial la suma concedida a aquel menor y su familia. Incluso dentro de los propios fueros penales, el desinterés por los fallos precedentes es indignante, porque en un fallo anterior, igualmente discutido en todos los foros, la Corte Suprema condenó a la misma persona al pago de cincuenta mil nuevos soles por haber difundido imágenes de una bailarina manteniendo relaciones sexuales a cambio de dinero en un hotel. ¿Habrá ciudadano alguno que considere que la violación de la intimidad sexual y la lesión del honor sean contravenciones "pecuniariamente" equivalentes o de igual gravedad para efectos de fijar una reparación civil?

Empero, y con la misma lógica de la sentencia de la Corte Superior en el caso del VIH, podría darse una justificación a la condena impuesta con el fundamento de la función punitiva de la responsabilidad civil. Podría considerarse, desde esta perspectiva, que los vocales supremos han tenido, muy en el fondo, la intención de

enviar un mensaje a los justiciables, con desincentivos claros contra conductas análogas a las de la querellada, desde hace buen tiempo ligada con casos de violación de derechos de la personalidad. Para sus propósitos, los magistrados no habrían dudado en considerar la particular forma de ejercer el periodismo de la querellada como una "actividad peligrosa":

> "En el caso de autos, no cabe duda que la naturaleza y alcance de la actividad desplegada por la querellada como comunicadora de espectáculos implica el desarrollo de una actividad riesgosa que puede exceder el ámbito de lo permitido por el derecho o tutelado jurídicamente con la norma prohibitiva de «no afectar el honor de las personas»; esta afirmación se sustenta en la naturaleza de sus informes, en el propio medio por el cual difunden la información –revista y televisión– además de la conocida y sostenida tele audiencia que genera. Siendo ello así, se requiere un mayor control de fuentes de peligro que amenazan –seria y gravemente– bienes jurídicos como el honor de la persona".

Vuelven a coincidir, seguidamente, los caminos de la atenuación económica del daño moral y de la función punitiva de la responsabilidad civil, pues los vocales supremos, luego de certificar la inexistencia de indicios de una "pérdida patrimonial efectiva", discurren acerca del criterio a seguir para la cuantificación del daño al querellante, y deciden, al final, con alarmante arbitrariedad, lo siguiente:

> "[S]e advierte como resarcible la acreditación del daño moral, que debe ser cuantificado materialmente, y aun cuando en el tratamiento de este cardinal asunto (cuantificación monetaria) existen diferentes criterios, partimos por estimar que el derecho ha sido creado para proteger al ser humano y que el más importante de los daños es el daño infringido a la persona que se ha patentizado con relación al querellante cuya actividad en el ejercicio del fútbol profesional que ha desarrollado y desarrolla en Alemania a través de diferentes equipos de reconocida trayectoria mundial, pertenece a la Selección de Fútbol del Perú (según su currículum vitae [...]), proyectando a la sociedad peruana ser una persona exitosa, conformando su imagen un vehículo de realización para su persona como deportista disciplinado, por ende la difusión de la noticia agraviante impactó negativamente sobre la imagen públicamente reconocida del querellante, deteriorándose ostensiblemente la misma con la comisión del delito, esto es, habérsele difamado a través de los medios de comunicación social (televisión, revista y web); que, además, los datos que pertenecen al ámbito del derecho al honor están vinculados con la dignidad de la persona y es suficiente su pertenencia a dicha esfera para que deba operar su protección; una regla de la experiencia enseña que la ejecución de estas conductas generan en la víctima inquietud, desasosiego, perturbaciones, como tal es justo que sean compensadas con una cantidad de dinero suficiente que devuelva el bienestar perdido como consecuencia del delito y que proporcione goces que equivalgan a los arrebatados por la ejecución de la conducta delictiva; asimismo, debe valorarse el daño subjetivo sufrido por el querellante,

> producto de la falsa noticia emitida, el número de medios empleados para la propagación de la noticia falsa, el rating que tenía el programa [...] y el tiraje de la revista [...], y con ello el gran número de receptores de la noticia que le causó agravio, a los cuales incluso se les invitó a opinar al respecto, abriéndose una encuesta pública en la página web de su revista [...], lo que aunado a que la Federación Peruana de Fútbol –Comisión Sudáfrica 2010– realizó una investigación sobre presuntas irregularidades en la concentración del seleccionado nacional [...] generada por esta noticia, naturalmente ocasiona una afectación mayor al honor de una persona pues, en el presente caso, la intensidad y gravedad de la infracción al derecho al honor está en función del número de personas que recibe la noticia falsa; que en tal virtud corresponde incrementar el monto por concepto de reparación civil que debe abonar la querellada a favor del querellante".

En las líneas reproducidas aparece, en toda su magnitud, el desconocimiento de los jueces acerca de un fundamental deslinde que debe efectuarse cuando se someten a análisis casos de lesión al honor. Una cosa es el honor entendido como derecho de la personalidad y otra, muy distinta, es la imagen profesional o comercial del individuo[57]: sólo el primero de estos conceptos legitima la concesión de una suma a título de daño moral. Si los artífices de un fallo tan escaso en técnica y carente de bases jurídicas concluyeron (por falta de pruebas) que el querellante no sufrió daños materiales, la cuantificación judicial del agravio a su honor, si apoyada en un recto criterio, no tenía cómo ni por qué elevarse hasta alcanzar los doscientos mil nuevos soles (setenta mil dólares o cuarenta mil euros), cifra inalcanzable, y realmente inimaginable, las más de las veces, para las víctimas de daños de mucha mayor gravedad[58].

La interpretación anterior sería errada de todas formas, además, como lo demuestran los demás "resarcimientos" que la Corte Suprema impone a la querellada, a parte de la pena privada exorbitante: un resarcimiento *in natura* (rectificación,

---

57 GALGANO, Francesco, *I fatti illeciti*, Cedam, Padua, 2008, p. 167: "se debe distinguir dos hipótesis: el hecho puede lesionar la reputación del sujeto como derecho de la personalidad, y se tratará, entonces, de daño no patrimonial, resarcible según el art. 2059; o puede también lesionar la imagen profesional o comercial del sujeto, y se tratará, por lo tanto, de daño patrimonial, lesivo de su capacidad rediticia, susceptible, en cuanto tal, de resarcimiento por equivalente monetario".

58 Citaré al respecto el caso del homicida Carlos Hurtado Matute, quien conduciendo a alta velocidad y en estado etílico su vehículo ocasionó un accidente del que resultó muerto un próspero empresario, padre de dos niñas. En una aberrante sentencia de octubre de 2009, del Tercer Juzgado Penal de Lima, se condenó al acusado a cuatro años de prisión suspendida (¡!) y al pago de una "reparación civil" de cien mil nuevos soles. La misma magistrada autora del fallo, en otro sonado caso, del año 2006, impuso al ex-futbolista Juan Carlos Cabanillas una reparación civil de setenta mil nuevos soles, por atropellar y matar a un peatón. Cabanillas también conducía en estado de ebriedad.

equívocamente calificada como "regla de conducta", lo que impide apreciar su verdadera connotación reintegradora de la afrenta), una compensación económica al Estado, bajo la especie de días-multa (de monto igualmente considerable) y una que no fluye del texto de la sentencia analizada, pero que en nuestra época tiene un incuestionable poder disuasorio, la publicación del fallo condenatorio en el *website* del poder judicial; hecho que evoca, en un país de cultura jurídica incipiente, las épocas de los pregoneros y bandos que hacían de conocimiento general las condenas por delitos de traición *lesa majestatis* a la corona real[59].

**§8.** La actualidad de la responsabilidad civil como temática tiene otro de sus aspectos destacables en la habitualidad de las "retiradas" del legislador peruano hacia la normativa especial; retiradas que, además de ser cada vez más continuas, contrastan negativamente con experiencias extranjeras a las que sería bastante aconsejable prestar atención para evitar errores anunciados y fracasos que, con todas las facilidades que la época actual brinda en lo atinente a la circulación de la información, son imperdonables.

Un primer caso de responsabilidad civil "especial" es el reglamentado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC).

Este Código contiene un acápite íntegro dedicado a la "responsabilidad civil", el cual comienza estableciendo:

---

[59] Básteme como ejemplo, la sentencia de muerte del conquistador Gonzalo Pizarro, derrotado por el pacificador Pedro de La Gasca, en Jaquijahuana (1548), y sumariamente procesado por traición al rey: "[C]ondenamos al dicho Gonzalo Pizarro en pena de muerte natural, la cual le mandamos que sea dada en la forma siguiente: Que sea sacado de la prisión en questá, caballero en una mula de silla, atados pies é manos, é traido públicamente por este Real de S. M. con voz de pregonero, que manifieste su delito. Sea llevado al tablado que por nuestro mandado está fecho en este Real, é allí sea apeado é cortada la cabeza por el pescuezo. É después de muerta naturalmente, mandamos que la dicha cabeza sea llevada á la ciudad de los Reyes, como ciudad más principal destos reinos, é sea puesta é clavada en el rollo de la dicha ciudad, con un rótulo de letra gruesa que diga: «Esta es la cabeza del traidor Gonzalo Pizarro, que se hizo justicia dél en el valle de Aquixaguan, donde dió la batalla campal contra el estandarte Real, queriendo defender su traición é tiranía. Ninguno sea osado de la quitar de aquí, so pena de muerte natural.»". El texto íntegro del fallo aparece en TORRES DE MENDOZA, Luis (compilador), *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones españolas de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*, Madrid, Imprenta de Frías y compañía, 1867, t. VII, p. 525-526.

> "Artículo 100.- El proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo de conformidad con las disposiciones del Código Civil en la vía jurisdiccional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del presente Código y otras normas complementarias de protección al consumidor".

Este artículo tiene el mérito de mantener la integridad del ordenamiento jurídico, al remitir a las normas del Código Civil la reglamentación de la responsabilidad derivada de los daños causados por el proveedor al consumidor. A renglón seguido, sin embargo, indica que el resarcimiento del Código Civil no debe ser confundido con las "medidas correctivas reparadoras" que pueden imponerse al proveedor en aplicación de la ley especial.

Las medidas correctivas reparadoras son definidas en el CPDC (artículo 115) como las que "tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior". Como es fácil de deducir, con este dictado es muy difícil diferenciar los ámbitos de aplicación de la tutela resarcitoria del Código Civil y de la tutela administrativa del CPDC: en ambos casos, el objetivo de la tutela es el restablecimiento de la situación precedente al evento dañoso o a la infracción. Se ha ahondado, pues, la preocupante confusión interpretativa y aplicativa de estas áreas, notoria ya bajo la vigencia de la derogada Ley de Protección al Consumidor.

Con las reglas hoy vigentes, la distinción esencial entre el resarcimiento civil y las medidas correctivas administrativas consistiría en la exclusión, de los fines de estas últimas, de la atenuación económica de los daños morales. La atenuación del padecimiento anímico y la tutela de los derechos de la personalidad, en otras palabras, estarían reservadas como objetivos de los remedios civiles, tal como lo confirma el artículo 103 del CPDC, donde, si bien repitiéndose el error de invocar inútilmente el "daño a la persona" (comprendido, conceptualmente, en el daño moral) se establece que "la indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluido el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral".

Entre las medidas correctivas que el Indecopi puede imponer, con fines reparativos, al proveedor, ejerciendo las facultades conferidas por el CPDC, está la de "entregar" un "producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor" (artículo 115.1.c). Es claro que aquí nos hallamos ante un remedio civil: el resarcimiento en forma específica.

Nada resuelve la aclaración (impropia para una normativa administrativa) contenida en el mismo CPDC:

> "Artículo 115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa".

Desde el punto de vista de los administrados es indiferente la identificación precisa de la autoridad a la que está confiada la protección de sus derechos como consumidores. El Indecopi, por lo demás, ha dado muy reiteradas muestras de estar mejor dispuesto para brindar una tutela oportuna y efectiva en casos de daños ocasionados en el marco de relaciones de consumo. En todo caso, la norma citada resuelve el problema –latente con la normativa precedente– de la posibilidad de una duplicación de los remedios a favor del consumidor perjudicado.

Luego de estatuir con carácter general la responsabilidad civil del proveedor, los redactores del CPDC se ocupan, específicamente, de la responsabilidad por productos defectuosos:

> "Artículo 101.- El proveedor es responsable de los daños y perjuicios causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos.
>
> La responsabilidad civil por productos defectuosos es objetiva, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil. La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que suministró el producto defectuoso u originó el defecto".

Sorprende, de por sí, la insistencia en proclamar esta forma de responsabilidad civil, pero lo hace aún más la explícita mención de los "daños a la integridad física", o sea, de los daños a la persona, que forman parte –como antes indiqué– de los daños morales. Luego se hace una nada feliz referencia a los daños causados "a los bienes" de los consumidores, como si no existieran los "bienes de la personalidad", entre los cuales se encuentra, precisamente, la "integridad física".

Es lamentable la falta de rigor técnico en un texto de la importancia del CPDC. No es técnicamente posible distinguir entre daños "a la integridad física" y daños "a los bienes de los consumidores", porque la integridad física también constituye un bien (un bien de la personalidad, por cierto, pero un "bien" al fin y al cabo). Lo que tal vez quisieron aclarar, innecesariamente, los legisladores es que el resarcimiento debe cubrir los daños materiales y morales ocasionados al consumidor, para lo cual, sin embargo, bastaba con la remisión a la normativa del Código Civil realizada en el previamente comentado artículo 100.

Pasando por alto la preeminencia de la interpretación literal entre nuestros jueces, además, los redactores del CPDC han circunscrito la responsabilidad del proveedor de un producto defectuoso a los daños causados "al consumidor". ¿Qué ocurre si el damnificado es un familiar o un amigo del adquirente de un televisor que explosiona, o sea, de alguien al margen de la relación de consumo? ¿Procederá la tutela resarcitoria del CPDC? ¿No se podía escribir la norma con carácter general y abstracto? ¿No se podían copiar fielmente, por lo menos, los modelos legislativos foráneos que identifican al imputado (fabricante o productor), mas no al damnificado?

Imperdonable, de otro lado, es la vinculación establecida entre la responsabilidad por productos defectuosos y la supuesta responsabilidad "objetiva" que –persistiéndose en el error acostumbrado– estaría contemplada en el artículo 1970 del Código Civil. Este último precepto –forzoso es aclararlo– no reglamenta una responsabilidad objetiva, por lo menos no plenamente "objetiva", porque la normativa ha reglamentado diversas eximentes de responsabilidad (las del artículo 1972: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero, hecho de la propia víctima) que vuelven la figura objetiva-relativa o semi-objetiva, y que incluso podrían

dejar espacio para leer la norma en perspectiva genuinamente subjetiva, como si estuviéramos ante una pura y simple presunción de responsabilidad civil.

Da la impresión –desalentadora– de que al elaborarse el CPDC se hubiese tenido a la vista alguna edición subtitulada, y por lo tanto apócrifa, de nuestro Código Civil, donde el artículo 1970 apareciera con el rótulo inexacto de "responsabilidad objetiva".

Finalmente, el CPDC define limitativamente el "producto defectuoso" como aquel "que no ofrece la seguridad a la que las personas tienen derecho". Este texto ha sido tomado del artículo 12, párrafo 1º, del Código de Defensa del Consumidor de Brasil de 1990, y con él, del artículo 6 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/374/CEE, de 1985, donde se señala que "el producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que de él legítimamente se espera" .

Nuestra disposición comparte, por lo tanto, las imperfecciones y ambigüedades de las normas originales, a la vez que revela el desconocimiento que los redactores del CPDC han tenido respecto de la evolución de los modelos jurídicos imitados, tal como lo revela, por ejemplo, la nula atención brindada a la Directiva 95/2001/CE del Parlamento y Consejo Europeos, del 2001, sobre "seguridad general de los productos", cuyo considerando 19º indica –reconociendo las limitaciones de la normativa precedente– que:

> "[E]s conveniente imponer a los operadores económicos otras obligaciones además de la obligación general de seguridad, pues es necesario que intervengan para prevenir los riesgos que puedan amenazar a los consumidores en determinadas circunstancias".

Con esta reforzada visión la Directiva 95/2001/CEE establece (artículo 3.1) que "los productores tienen la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros".

Del modelo europeo de responsabilidad del fabricante se ha escrito, no sólo que es "oscuro" y "reticente", sino, peor aún, que sus efectos prácticos son "desilusionantes". Es un modelo inacabado que, por un lado, otorga protección frente a los daños causados por los productos defectuosos aislados que forman parte de una determinada serie (fase de la fabricación), pero que, por otro lado, no tiene la misma eficacia contra los daños originados por los que concibieron o diseñaron los productos

(fase de la proyección) . Estas críticas –de más está anotarlo– eran de obligatorio conocimiento para los impulsores del CPDC, los cuales, por el contrario, han dado muestras evidentes de su completo desconocimiento de la problemática.

El legislador italiano, obligado a adherir a la reglamentación comunitaria europea, ha definido también al producto defectuoso como el que "no ofrece la seguridad que se puede esperar de él legítimamente" (artículo 117.1 del Codice del Consumo del año 2005), pero para garantizar la eficacia de la normativa en materia de responsabilidad civil del productor o del proveedor, según sea el caso, indica previamente –a diferencia de los redactores de nuestro CPDC– cuándo un producto se considera "seguro" (artículo 103.1.a):

> "[P]roducto seguro: todo producto […] que en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, comprendida su duración o, de ser el caso, su puesta en servicio, instalación y manutención, no presente algún riesgo, o presente únicamente riesgos mínimos, compatibles con el empleo del producto y considerados aceptables en observancia de un nivel elevado de tutela de la salud y de la seguridad de las personas".

Al producto que no ostenta tales características se le califica, siempre en el Codice del Consumo, como "peligroso" (artículo 103.1.b), no como "defectuoso", a pesar de que la doctrina se ha esmerado en aclarar que muchos productos pueden ser peligrosos, pese a no ser defectuosos, y que no se puede hacer coincidir la "seguridad" con una "falta total de peligro, porque este objetivo es imposible de lograr".

Si, como resulta innegable, lo "defectuoso" no coincide con lo "peligroso", ¿en qué se basaron los redactores del CPDC para asimilar el régimen de la tutela resarcitoria frente a los daños causados por productos defectuosos a la falaz "responsabilidad objetiva" del artículo 1970 del Código Civil, si ésta se refiere, inequívocamente, a la responsabilidad por riesgo creado y por exposición al peligro?

Tampoco han tenido en cuenta nuestros legisladores, en fin, las reformas contenidas en la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores que, atendiendo a los vacíos de la legislación comunitaria del viejo continente, se venía discutiendo desde el 2008, y que recientemente, en junio de 2011, ha sido aprobada por el Parlamento Europeo.

**§ 9.** Igual nexo con la descodificación presenta la Ley N.° 29461, que regula el servicio de estacionamiento vehicular, en vigor desde febrero del año en curso.

Haciendo suyo el clamor de los usuarios de espacios destinados al aparcamiento en centros comerciales y en establecimientos especialmente destinados a brindar dicho servicio de forma onerosa (las llamadas "playas de estacionamiento"), el legislador ha planteado un sistema de responsabilidad civil "especial" alambicado que muestra, "normativamente", sus deficiencias frente a la responsabilidad administrativa y sus intersecciones con esta última.

En el artículo 6.1 de la referida Ley, subtitulado "Responsabilidad", se establece:

> "La responsabilidad civil por la pérdida del vehículo o de los accesorios integrantes del mismo es atribuible:
>
> a) En los servicios de estacionamiento como servicio principal, al titular del servicio de estacionamiento.
>
> b) En los servicios de estacionamiento como servicio complementario o accesorio, al propietario o al administrador o al que gestione el servicio de estacionamiento, de manera solidaria".

Hasta este punto, los daños aparecen tipificados y limitados al plano de lo material: ellos consisten, en efecto, en la "pérdida" del vehículo o de los accesorios de éste. En esta norma, aunque no lo facilite el término escogido, "pérdida" debe entenderse en el más amplio de los sentidos: ya como deterioro, ya como sustracción del bien.

El criterio de imputación elegido por el legislador parece ser objetivo, en el sentido de que no existen exigencias en cuanto a la verificación de la culpabilidad. En el supuesto sub (a), la responsabilidad civil del titular del servicio de estacionamiento deriva del solo hecho de tener esta posición jurídica. El sentido es idéntico en el supuesto sub (b), sólo que el damnificado tiene ante sí a más de un sujeto imputable, bajo la regla de la solidaridad: por un lado, al "propietario" (es imposible precisar si el legislador se está refiriendo, de nuevo, al "titular" del servicio o al "propietario" del predio donde se presta el servicio), y por otro, al administrador o al gestor del servicio.

Empero, es sólo al titular del servicio de estacionamiento a quien se obliga legalmente a "brindar el servicio de vigilancia y seguridad respecto del vehículo y sus partes accesorias (autopartes) durante el tiempo de ocupación del estacionamiento" (artículo 4.f).

Precisado el plano de los "daños" y el de los "imputados", la ley indica que en las dos hipótesis descritas la tutela es resarcitoria, con expresiones que pueden ser asociadas con el resarcimiento en forma específica (se dice "restitución de la pérdida"), antes que al abono de un equivalente pecuniario, sólo que para la procedencia de tal reintegración es necesario que la pérdida se acredite ante la autoridad competente, con observancia del procedimiento regulado en la propia normativa que se comenta. Tampoco se efectúan reenvíos al régimen del Código Civil, que permitan deducir que el afectado mantendrá ante los responsables legales de la "pérdida" del vehículo o de sus accesorios el derecho a ser resarcido del lucro cesante y de los daños morales que deriven del evento.

Estas peculiaridades me llevan a concluir que no ha sido uno de los fines de esta ley la consagración de un régimen especial de responsabilidad civil. Confundiendo los alcances de esta institución y los de las "medidas correctivas reparadoras" de la normativa de tutela de los consumidores, el legislador ha tenido como real objetivo reglamentar la modalidad en que esas medidas operan en el caso concreto de la prestación defectuosa de los servicios de estacionamiento.

Mi hipótesis es confirmada por la competencia que la ley evaluada establece a favor del Indecopi, en cuanto a la aplicación de las "infracciones" y "sanciones" originadas por el incumplimiento de sus normas (artículo 9). Si de verdad la tutela resarcitoria y la tutela administrativa del Indecopi (en lo tocante a las medidas correctivas reparadoras) fueran autónomas, y no falazmente diferenciadas –como he aclarado en los acápites precedentes– tal vez podría pensarse en un doble (y conveniente) nivel de protección para los afectados por el robo o por el deterioro de sus vehículos en los estacionamientos: la responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa. Sin embargo, esta conclusión tropezaría con el uso –descuidado, pero

en el fondo correcto– de la voz "responsabilidad civil" (artículo 6.1) por parte de los autores de nuestra Ley que regula el estacionamiento vehicular.

Sin perjuicio de lo anterior, es de destacar que un tratamiento particular es el que la ley contempla para los casos de pérdida de bienes ubicados dentro del vehículo. En tal supuesto (artículo 6.2) se hace responsable al "titular del establecimiento" siempre que se haya informado a éste de la existencia de dichos bienes y él haya tomado la decisión de asumir "los deberes de vigilancia y custodia, sin perjuicio de la existencia de dolo o culpa inexcusable".

La redacción de este último artículo deja mucho que desear. ¿A qué puede referirse el legislador al hablar de "dolo o culpa inexcusable" si, como acabo de anotar, la obligación de restituir la pérdida deriva del hecho de ser "titular del establecimiento"?

La interpretación más satisfactoria de tan confusa norma sería la siguiente: hay que considerar que cuando el titular del "establecimiento" es informado de la existencia de los bienes dejados dentro del vehículo, su condición puede transformarse en la de depositario de esos bienes, en cuyo caso recaerán en él los deberes de vigilancia y custodia inherentes a una relación contractual de depósito. Y si esto aconteciera (hipótesis remota, porque para no asumir responsabilidad por la pérdida, bastaría liberarse declarativamente de cualquier compromiso de custodia o vigilancia, como es usual en la práctica), el legislador ha querido enfatizar que la imputación no requerirá ulteriormente la prueba del dolo ni de la culpa inexcusable por parte del damnificado.

**§10.** El último régimen de responsabilidad civil relegado a una ley especial es el contenido en una sintética disposición de la Ley de Protección de Datos Personales (Ley N.º 29733 del 21 de junio de 2011).

Las deficiencias de esta normativa son incontables. Su propio título, a pesar de ser coincidente con el de muchas leyes foráneas en materia, es inexacto, pues permite entender que sus disposiciones están orientadas a tutelar los "datos personales" en sí mismos, como si éstos constituyeran "objetos de derechos" o "bienes". Un mejor estudio de la temática habría permitido a nuestros legisladores apreciar que la

verdadera destinataria de esta tutela es la persona humana, amenazada en su derecho a la autodeterminación informativa, o sea, en su derecho a decidir si comparte la información que le concierne y, respecto de aquella información que ya hubiese sido compartida, cuáles serán las condiciones bajo las cuales ésta será "tratada" (registrada, publicada, transferida, etc.).

Yerran en no menor medida los autores de esta normativa al referir, como objetivo de la Ley, la garantía del "derecho fundamental a la protección de los datos personales", el cual tendría ya reconocimiento entre nosotros, en el artículo 2.6 de la Constitución.

La menos cuidadosa de las lecturas del citado artículo de nuestra Carta Política sería suficiente para notar que éste no tiene ningún vínculo con la llamada "autodeterminación informativa". Lo que se eleva al rango de derecho inviolable en esa norma es, con dicción parcialmente copiada de la Constitución española de 1978 (o sea, de un documento anterior al primer reconocimiento de la *informationelle Selbstbestimmung* como aspecto tutelado del derecho general de la personalidad en la jurisprudencia constitucional alemana, en 1983), es el derecho, tutelado mediante la acción de hábeas data, "a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

No se explica a la luz de esta norma, rectamente entendida, cómo es que superó el control de constitucionalidad una ley inaudita como la que creó, imitando experiencias de países como Argentina y Uruguay, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Ley N.º 28970, del 23 de enero de 2007), en cuya virtud se comete la barbarie de que los nombres, documentos de identificación y hasta las fotografías de los registrados sean difundidos (o "suministrados"), impunemente, en la Internet, desde el website del poder judicial .

Una muestra ulterior del desconocimiento de los reales alcances del artículo 2.6 de la Constitución –junto con la flagrante violación cometido con la Ley N.º 28970–, está dada, precisamente, por su irreflexiva asociación con la autodeterminación informativa, error del que no ha escapado ni siquiera el Tribunal Constitucional.

También en lo tocante a la responsabilidad civil, nuestra Ley de Protección de Datos Personales es frustrante. Todo lo que se establece al respecto es que (artículo 25) "el titular de datos personales que sea afectado a consecuencia del incumplimiento de la presente Ley por el titular o por el encargado del banco de datos personales o por terceros tiene el derecho a obtener la indemnización correspondiente, conforme a ley".

Es forzoso entender que la expresión "conforme a ley" se refiere (y es inexplicable la omisión de un reenvío explícito) al Código Civil. ¿De qué forma se efectuaría, entonces, el juicio de responsabilidad civil ante la infracción de esta reciente normativa?

El legislador no contribuye en absoluto a aclarar el panorama, sino que lo ennegrece aún más, esencialmente, por dos razones.

Ya por el solo hecho de limitar la protección legal al "titular de datos personales", se excluye del ámbito de la tutela resarcitoria, injustificadamente, a todos aquellos que, aun sin ser titulares, podrían resultar damnificados por la violación de lo dispuesto en la normativa analizada (sus deudos, por ejemplo, si se tratase de la información sensible de una persona fallecida).

No menos importante es denunciar que, reflejando el desinterés de los promotores de esta ley por la práctica jurídica, el modelo de responsabilidad civil propuesto tiene pocas o nulas posibilidades de ser aplicado.

En primer lugar, porque el criterio de imputación adoptado en esta normativa es de matiz administrativo: la pauta para la imposición de la obligación resarcitoria no es ninguno de los adoptados en el Código Civil (dolo, culpa, riesgo, exposición al peligro, etc.), sino el "incumplimiento" de la ley. Lo deseable habría sido que el legislador, sin repetir los errores ya vistos en relación con el CPDC, realizara un reenvío explícito a alguna de las *fattispecie* que componen el régimen general del Código Civil, en la línea trazada, por ejemplo, en el Código italiano en materia de datos personales (2003).

En el texto italiano el tratamiento de datos personales es reconocido expresamente como una "actividad peligrosa", con lo cual se hace aplicable la regla de responsabilidad semiobjetiva del artículo 2053 del Código Civil de 1942, de la que el

imputado sólo puede eximirse si prueba haber hecho todo lo posible por impedir el hecho.

En segundo lugar, porque la lesión del derecho a la autodeterminación informativa es básicamente generadora de daños morales, entendidos como atentados contra los derechos de la personalidad. Estos perjuicios son reconocidos en la doctrina como daños "*in re ipsa*", pues con respecto a ellos (al estar acreditados "en los hechos mismos") no corresponde exigir aquellas pruebas ordinarias sin las cuales es imposible sustentar la imposición de una condena al resarcimiento de los daños materiales (daño emergente y lucro cesante).

Y resulta que en la práctica judicial peruana, la consideración de los daños morales a los derechos de la personalidad como daños "in re ipsa" se halla todavía en ciernes. Siendo así, por lo tanto, cuando una persona afectada por el incumplimiento de las normas que la protegen frente al tratamiento indebido de su información acuda al juez con una pretensión resarcitoria, la tutela resultará condicionada al aporte de pruebas efectivas de los daños con los que la magistratura tiene mayor familiaridad.

A los ojos de nuestros jueces, en otras palabras, no habiendo un daño emergente ni un lucro cesante, y ni siquiera un estado de padecimiento anímico, sufrimiento o dolor que sea constatable, la violación del derecho a la autodeterminación informativa, que de por sí constituye un daño, no dará lugar a la concesión del remedio resarcitorio.

Es lamentable tener que predecir, entonces, que el incumplimiento de la normativa contenida en la mal denominada "Ley de protección de datos personales" no conllevará, en los hechos, a ningún resarcimiento favorable al titular de la información.

**UNIDAD III: CRITERIOS DE IMPUTACION**

**4) INEJECUCION DE OBLIGACIONES: DOLO Y CULPA. Felipe Osterling Parodi.**

*Felipe Osterling Parodi*

# *INEJECUCION DE OBLIGACIONES: DOLO Y CULPA*

# EL DOLO

1.– Concepto. 2.– El dolo como vicio del consentimiento y como causa de inejecución de obligaciones. 3.– Diferencias entre la responsabilidad por dolo y por culpa. 4.– Prueba del dolo.

## 1. CONCEPTO

Dice Raymundo Salvat que "el dolo del deudor consiste en la inejecución voluntaria de la obligación con el propósito de perjudicar al acreedor" (1). Sigue Salvat, al definir el dolo, el mismo criterio que Chironi (2).

El enunciado, sin embargo, es por lo menos diminuto, ya que contempla sólo un aspecto parcial del dolo como causa de inejecución de las obligaciones. El dolo es algo más (3). No es sólo la intencion de causar un daño. Es también la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no

(1) Salvat, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en General, I, (1952), No. 116, p. 126.

(2) Chironi, G. P., La culpa en el derecho civil moderno, (1907), p. 20: "... el concepto fundamental de la intención dirigida a producir injuria, determina el dolo, ya sea civil, ya sea penal".

(3) Giorgi, Jorge, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Vol. II, (1909), No. 38, pág. 79; Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Tratado práctico de Derecho Civil francés, t. VII, Las obligaciones (Segunda Parte) No. 932, p. 142, Enrique V. Galli, nota a la ob. cit. de Raymundo Salvat, No. Tratado de las Obligaciones, Derecho Civil, tomo VI, Tratado de las Obligaciones, Vol. I, (1947), No. 174, p. 167; León Barandiaran, José, Comentarios al Codico Civil Peruano, Obligaciones, Tomo II, Modalidades y Efectos, (1956), p. 598; Castañeda, Jorge Eugenio, El Derecho de las Obligaciones, tomo II, Efecto de las Obligaciones, (1963), No. 161, p. 168; Alzamora Silva, Lizardo, El dolo en nuestra legislación civil, (1926), p. 177.

tenga en mira causar un daño.

El dolo existe pues cuando el deudor tiene conciencia de no cumplir su obligación, sea con el propósito de causar un daño al acreedor o no. Y esta característica, justamente, hace al dolo diferente de la culpa. En la culpa no hay intención de no cumplir; el deudor no ejecuta su obligación por descuido o negligencia. En el dolo hay mala fe; en la culpa no.

Cabe advertir que generalmente el deudor, cuando incumple su obligación por dolo, no lo hace para causar un perjuicio al acreedor, sino para conseguir ventajas para sí mismo. Cuando el transportista, por ejemplo,incumple su obligación de trasladar a una persona de un lugar a otro, generalmente lo hace porque ha obtenido para la misma fecha otro contrato más ventajoso. Aquí el transportista incumple su obligación deliberadamente y no por un simple descuido o negligencia. Pero su incumplimiento doloso no está destinado a causar un perjuicio al acreedor, sino a obtener un mayor beneficio económico. Es claro que el dolo también se configuraría en caso que el transportista incumpliera su obligación con el único propósito de causar un daño al acreedor y no por haber obtenido un contrato más ventajoso. Pero también es cierto que la hipótesis es remota o, por lo menos, poco frecuente.

El dolo se manifiesta como una acción u omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer y la segunda de las obligaciones de dar y de hacer, aunque en estos casos la destrucción de la cosa debida también puede obedecer a una acción dolosa del deudor, que origina, como consecuencia, la omisión dolosa de dar o de hacer.

Hacemos hincapié en que el carácter dominante del dolo es la intención de no cumplir. Sin embargo, la intención es un elemento subjetivo, difícil, muchas veces, de precisar. Puede haber negligencia con una dosis de intención. El elemento de imputabilidad, claro en el dolo, se presenta un tanto oscuro en la culpa.

No tenemos dudas, sin embargo, que la naturaleza jurídica del dolo y de la culpa es distinta: en un caso hay intención y en el otro no (4). Su dificultad de apreciación, librada al criterio del juez, es un problema diferente. En estos casos no contamos con fórmulas matemáticas, pues el Derecho carece de ellas. El Derecho no es una ciencia exacta.

(4) Ver opinión contraria de Lizardo Alzamora Silva, ob. cit., p. 182.

Esta dificultad de apreciación, sin embargo, se ha superado en el Código Civil alemán y el Código federal suizo de las obligaciones, equiparando, al menos para decidir el monto de la indemnización, los conceptos de dolo y de culpa.

En la legislación alemana el deudor está obligado por los hechos o abstenciones que realice intencionalmente o por negligencia, a la reparación integral del daño. Igual criterio informa al Código federal suizo de las obligaciones.

En ambas legislaciones se distingue, sin embargo, el dolo y la culpa grave para los efectos de las cláusulas de no responsabilidad, prohibiendo su dispensa anticipada.

## 2. EL DOLO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO Y COMO CAUSA DE INEJECUCION DE OBLIGACIONES

El dolo, en su acepción estricta, es toda argucia o maquinación destinada a conducir a una persona a concertar un acto jurídico. Así se presenta como vicio del consentimiento, limitado a la formación de los actos jurídicos, y como una de las causas de anulabilidad, de acuerdo con los artículos 210 y siguientes del Código Civil peruano de 1984. Aquí el dolo es previo o contemporáneo al acto jurídico.

El dolo, en su acepción más amplia, es sinónimo de mala fe, y en este sentido se presenta como causa de inejecución de las obligaciones. El dolo, en este campo, no está constituido por la argucia o maquinación del agente, sino por el ánimo del deudor de incumplir una obligación válidamente contraída; aquí el agente doloso no se propone obtener de otro una declaración de voluntad, ni necesita, eventualmente, lograr la cooperación del engañado. El dolo, en esta acepción, se manifiesta con posterioridad al nacimiento de la obligación y en nada altera su valor legal: sólo hace al deudor responsable de los daños y perjuicios por incumplimiento.

## 3. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR DOLO Y POR CULPA

En la legislación peruana la responsabilidad por dolo, en el caso de inejecución de las obligaciones, es igual a la responsabilidad por culpa inexcusable, pero más severa que cuando ella obedece a culpa leve del deudor.

Además se prohíbe, al igual que en la ley alemana y suiza, que el acree-

dor renuncie anticipadamente a hacer efectiva la responsabilidad del deudor cuando éste incumple su obligación por dolo o por culpa inexcusable.

Y, por último, el incumplimiento de la obligación hace presumir, juris tantum, la culpa leve del deudor; corresponde al acreedor, para agravar la responsabilidad del deudor, probar que la inejecución es atribuible a dolo o culpa inexcusable.

El Código Civil de 1852 contemplaba, en materia de inejecución de obligaciones, una regla genérica en virtud de la cual en los casos de dolo y de culpa lata —entendiéndose por ésta última, según el artículo 1267, la omisión de aquellas precauciones o diligencias que estén al alcance de los hombres menos cautos o avisados- debía responderse por sus consecuencias (artículo 1269). Aunque para los dos casos de culpa leve y de culpa levísima establecía reglas diferentes, no distinguía la responsabilidad por dolo y por culpa lata, equivalente a la denominación de culpa inexcusable o grave.

El Código Civil de 1936 cambió la regla. El artículo 1323 prescribía la responsabilidad del deudor, en caso de dolo, por todos los daños y perjuicios que conocidamente se derivaran de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato. Pero este mismo precepto, sin distinguir entre la culpa inexcusable o grave y la culpa leve, disponía que en estos casos los daños y perjuicios de que respondía el deudor eran los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que fueran consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

El Código Civil de 1984 ha regresado a la concepción del Código de 1852. Para los efectos de la responsabilidad el artículo 1321 señala que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; que el resarcimiento por la inejecución 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 tal inejecución; y agrega, refiriéndose a la culpa leve, que en este caso el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída.

Afirma Pothier que cuando hay dolo "...el deudor es reponsable indistintamente de todos los daños e intereses que yo he sufrido, a los cuales su dolo ha dado lugar, no tan sólo por aquellos que yo he sufrido en relación a la cosa que ha sido objeto del contrato, propter rem ipsam, sino de todos los daños e intereses que he sufrido en relación a mis otros bienes, sin que haya lugar de distinguir y de discutir en ese caso si el deudor viene obligado a ellos: pues aquel que comete un dolo se obliga, velit nolis, a la reparación

de todo el daño que ese dolo causare" (5). Los mismos principios deben aplicarse, a juicio nuestro, cuando hay culpa inexcusable o grave.

Ya hemos señalado que las cláusulas de no responsabilidad, de acuerdo con la doctrina dominante, prohíben al acreedor renunciar anticipadamente a hacer efectiva la responsabilidad en que incurriría el deudor al incumplir, por dolo o por culpa grave o inexcusable, su obligación. Sólo se acepta la renuncia anticipada de la responsabilidad por culpa leve o, usando la expresión romana de Pothier, por "culpa levis". Esta regla del derecho romano prevalece en todas las codificaciones modernas. Así lo establece el artículo 1328 del Código Civil de 1984 y su antecedente inmediato el artículo 1321 del Código Civil de 1936. Y aunque el Código francés, excepcionalmente, no lo dice en forma expresa, nadie extrae de ese silencio una derogación del principio. Admitir ese pacto no sólo sería inmoral, sino que haría inútil la obligación, destruyendo el vínculo jurídico: él estaría en pugna con la voluntad de concluir la obligación. Es claro, por cierto, que incumplida la obligación por dolo o por culpa inexcusable del deudor, el acreedor puede renunciar al derecho de exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios. Nada le impide condonar esta obligación. Lo que la ley impide es el compromiso anticipado de extinguirla por condonación.

## 4. PRUEBA DEL DOLO

El sistema peruano, por último, adoptando como modelo otras legislaciones modernas, presume, en caso de inejecución de la obligación, la culpa leve del deudor. El artículo 1329 del Código Civil señala que se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. Pero se trata de una presunción juris tantum. El deudor puede exonerarse probando su inculpabilidad. El acreedor, por su parte, puede agravar la responsabilidad del deudor, probando la inejecución por dolo o culpa inexcusable (artículo 1330).

La tesis enunciada se explica con facilidad, pues la gravedad del dolo o de la culpa inexcusable y, por consiguiente, sus caracteres excepcionales, exigen que no se presuman. Para destruir la presunción juris tantun de la culpa leve el acreedor deberá aportar al juez todos los elementos que le otorguen la convicción de la existencia del dolo o, en su caso, de culpa inexcusable.

Es verdad que los principios del Código Civil vigente modifican lo preceptuado por el Código de 1936. Pero también es cierto que el germen de es-

(5) Pothier, Tratado de las obligaciones, tomo I No. 166, p. 144.

tos principios se encuentra en el artículo 1326 de este Código que, con impropiedad en el lenguaje, disponía que el obligado a entregar la cosa destruida por caso fortuito o fuerza mayor estaba en el deber de probar su inculpabilidad. Aquí el Código de 1936 pareció entender que el principio sólo se aplicaba a las obligaciones de dar o a las de hacer que concluían con un dar, pues no aludió a las otras obligaciones de hacer, ni a las de no hacer. Y aquí también el Código pareció considerar que los únicos casos de inculpabilidad en la inejecución de relaciones obligacionales eran aquellos que se configuraban como casos fortuitos o de fuerza mayor.

## LA CULPA

5.– Concepto. 6.– Evolución de la teoría de la culpa. 7.– Prueba de la culpa. 8.– Culpa del acreedor.

### 5. CONCEPTO

Cuando el deudor, por negligencia, omite ejecutar la prestación prometida, en el caso de las obligaciones de dar o de hacer, o abstenerse, en el caso de las obligaciones de no hacer, incurre en culpa. El resultado dañoso, no querido por el deudor, obedece pues a su imprudencia, torpeza o, en general, a su falta de diligencia.

La doctrina recoge las más variadas definiciones de la culpa. Pero todas coinciden en señalar la característica de falta de diligencia en el deudor.

Así, Planiol y Ripert expresan que la culpa consiste "en la falta no intencional de cumplimiento a sus obligaciones por el deudor" (6).

Para Henri, León y Jean Mazeaud "la culpa es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona cuidadosa, situada en las mismas circunstancias externas que el demandado" (7).

Según Enneccerus, Kipp y Wolff, culpa es "la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un re-

(6) Ob. cit. en la nota (3). No. 833, p. 143.

(7) Mazeaud, Henri León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. II (a960), No. 453, p. 123.

sultado contrario a derecho que no ha sido querido" (8).

Alessandri y Somarriva indican que la culpa "consiste en la falta de diligencia que emplea una persona en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho" (9).

La doctrina nacional atribuye esas mismas características a la noción de culpa.

José León Barandiarán dice que "culpa, en el sentido lato, es toda violación de un deber jurídico. Cuando consiste en la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, es culpa contractual" (10).

Para Jorge Eugenio Castañeda (11) la culpa consiste en la falta de diligencia de una persona en el cumplimiento de la obligación; la culpa resulta de la negligencia, imprudencia o torpeza del deudor, quien incumple sin intención su obligación.

Según Angel Gustavo Cornejo, la culpa es "falta de diligencia, de previsión, de prudencia, en la acción o en la abstención" (12).

Ya hemos expresado (13) que en la culpa, a diferencia del dolo, no hay intención de no cumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Hay simplemente una negligencia, una acción (culpa in faciendo) u omisión (culpa in non faciendo) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor, pues tanto vale obrar contra derecho o sin derecho, como dejar de obrar por lo que era debido.

El Código Civil peruano de 1936 definía la culpa, en el artículo 1322, como "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Esta regla teórica, sin embargo, tan sólo estaba destinada a dar pautas generales o líneas directivas al juez. Pues tocaba a éste, en cada caso, apreciar

(8) Ennecerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff Martin Tratado de Derecho Civil Derecho de Obligaciones, Vol I, Doctrina General, (1947) p 442
(9) Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel, Curso de Derecho Civil, t III De las Obligaciones, (1941), No 321, pg 196
(10) Ob cit en la nota (3), p 600
(11) Ob cit No 152, p 140
(12) Cornejo, Angel Gustavo, Código Civil, Exposicion sistemática y comentario tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol I (1938) No 195 p 268
(13) Ver el Dolo

si la acción u omisión del deudor contravenía la obligación y, si lo hacía, decidir si la contravención obedecía a dolo o a culpa de éste. Las propias decisiones judiciales difícilmente podían constituir un precedente válido para otros casos, pues el criterio tenía necesariamente que variar de acuerdo con las nuevas circunstancias de hecho que generalmente no habían sido planteadas ni discutidas ante los tribunales.

Pocos son los autores que asimilan la responsabilidad por culpa a la que se deriva del dolo, pues si bien en ambos existe el factor de imputabilidad, en la primera no hay intención mientras que en el segundo sí (14).

Es más común, sin embargo, asimilar la culpa grave o culpa inexcusable al dolo. Incurre en culpa grave quien por negligencia y sin intención no procede como cualquiera habría procedido; quien actúa con una torpeza, abandono o descuido extremo.

Es verdad que el dolo tiene un carácter intencional, mientras que la culpa —por más grave que sea— no lo tiene. Pero también es cierto que al ser generalmente borrosos los linderos entre el dolo y la culpa inexcusable, en razón de que el factor determinante —la intención— es un elemento sicológico, no asimilar ambos conceptos podría significar en la práctica aligerar significativamente la carga de responsabilidad del deudor que procede con negligencia grave. Por ello la doctrina de la asimilación, de origen romano, corresponde al estado actual del derecho.

No es exacto, como afirma Josserand, que "el dogma de la equivalencia es singularmente frágil porque tiende a confundir la torpeza con la malicia, la falta de atención con la intención de perjudicar, la buena fe con la mala fe" (15).

La torpeza, en el caso de la culpa inexcusable, es de tal magnitud que se confunde con la malicia; la falta de atención es tan notoria que se confunde con la intención de no cumplir; la buena fe, en suma, se confunde con la mala fe.

Por ello parece más acertado el pensamiento de los hermanos Mazeaud, quienes señalan que asimilar la culpa grave al dolo tiene por finalidad evitar "que el malvado se haga pasar por imbécil".

(14) Ver Lizardo Alzamora Silva ob. cit., pp. 177 y siguientes que practicamente asimila ambos conceptos.

(15) Josserand, Louis. Derecho Civil tomo II Vol I Teoria general de las obligaciones. 1950. No. 612, p. 491

Por tales razones el Código Civil peruano de 1984 no se limita a admitir la equivalencia –como lo hacía el Código Civil de 1936– para el solo efecto de prohibir la dispensa anticipada de responsabilidad del deudor cuando incumple la obligación por dolo o por culpa grave. El Código va más lejos y equipara la responsabilidad por dolo y por culpa inexcusable. En estos casos el resarcimiento comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación. En el caso de la culpa leve el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que la obligación fue contraída.

## 6. EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA CULPA

La teoría de la culpa nació en Roma.

Distinguidos autores, Hasse en particular, señalan que los romanos clasificaron la culpa en grave o lata y en leve o levis, atribuyendo a esta última noción, a su vez, las acepciones de culpa leve in abstracto y culpa leve in concreto.

La culpa grave consistía en no poner los cuidados más elementales, en la más absoluta falta de diligencia.

Culpa leve in abstracto era aquella en que incurría quien no prestaba los cuidados de un bonus et diligens pater familias. Se utilizaba, para saber si el deudor había incurrido en culpa, un tipo abstracto de comparación: el del buen padre de familia, o sea el de una persona de diligencia común.

En la culpa leve in concreto se usaba no un tipo ideal o abstracto para comparar, sino al propio deudor. La imputabilidad del deudor se determinaba decidiendo si había puesto o no los mismos cuidados que en sus otros asuntos. Si el deudor era habitualmente una persona muy cuidadosa y no había aportado, en el caso específico, estos cuidados, debía considerarse responsable. Si el deudor, por el contrario, era habitualmente descuidado, y procedía así en el caso específico, no debía considerársele responsable. No parece pues exacta la opinión de Raymundo Salvat (16) cuando expresa que la culpa leve in concreto era sólo una atenuación de responsabilidad, porque la diligencia in concreto podía ser superior a la comunmente querida y se debía entonces.

(16) Ob. cit., No. 125, p. 134.

Las reglas generalmente utilizadas en Roma para determinar la responsabilidad eran las de la culpa grave y las de la culpa leve in abstracto. La culpa leve in concreto estaba reservada para determinar la responsabilidad del depositario, de quien tenía una obligación de custodia. Ella se basaba –y este era el sentido del principio romano– en la confianza del depositante en el depositario.

Pothier (17), sin embargo, interpretó los textos romanos de distinta manera.

La culpa, según Pothier, tenía cuatro grados:

(1) Dolo o culpa mala, intencional;
(2) Culpa grave o lata "que consiste en no poner en el asunto de otro el cuidado que las personas menos diligentes y las más estúpidas no dejan de poner en sus asuntos";
(3) Culpa leve o levis, que es la diligencia que el común de los hombres poner ordinariamente en sus asuntos; y
(4) Culpa levísima o muy leve "que consiste en no poner la diligencia que las personas más atentas ponen en sus asuntos".

Si el deudor no obtenía ninguna ventaja de la obligación sólo respondía de su culpa grave o lata. Por ejemplo, el depositario en un depósito gratuito.

Si ambas partes retiraban ventajas de la obligación, el deudor respondía de su culpa grave o lata y de su culpa leve o levis. Por ejemplo, en un contrato de compra venta.

Si sólo el deudor retiraba ventajas de la obligación, respondía no sólo de la culpa grave y leve, sino también de la culpa levísima o muy leve. Por ejemplo, el comodatario.

El sistema de Pothier, consagrado por las antiguas legislaciones española y francesa, no tuvo acogida en el Código Napoleón. Observamos, sin embargo, que esa clasificación de la culpa la reproducía el Código Civil peruano no de 1852 (artículo 1267) y que aún se encuentra en algunas legislaciones vigentes (Código Civil chileno, artículos 44 y 1547).

(17) Ver Colin, Ambrosio, y Capitant, H., Curso elemental de Derecho Civil tomo III Teoría general de las obligaciones, (1924), p. 20, quienes se refieren a la opinión de Pothier contenida en el apéndice de su Traite des Obligations, ed. Bugnet, t. II, p. 497

Los redactores del Código Napoleón siguieron la teoría de Le Brun, quien discrepaba de la doctrina de Pothier. El artículo 1137 del Código francés descarta la clasificación de la culpa en grados y acoge el sistema de la culpa in abstracto del derecho romano: incurre en culpa aquel que no aporta "todos los cuidados de un buen padre de familia".

Ese Código, sin embargo, conserva rezagos de la clasificación romana de la culpa. El artículo 1927 obliga al depositario a "poner en la guardia de la cosa depositada los mismos cuidados que pone en la guardia de las cosas que le pertenecen" (culpa in concreto). Y el artículo 894 establece que "el heredero a beneficio de inventario sólo responde, en las faltas cometidas en la administración de los bienes de la herencia, de su culpa grave" (culpa grave o lata).

El artículo 276 del Código Civil alemán de 1900 también se inspira en un tipo abstracto de comparación. No en el "buen padre de familia" del derecho francés, sino en el "comerciante honesto y leal", conceptos que en rigor, sin embargo, son los mismos. Incurre en culpa quien no procede como estas personas procederían, "quien no presta los cuidados requeridos en las relaciones ordinarias".

El Código Civil alemán también demuestra su influencia romana al consignar la culpa in concreto para los socios, los cónyuges, los herederos fiduciarios y el depositario no retribuido.

El Código Civil peruano de 1936 abolió el sistema de clasificación de la culpa que consagraba el Código Civil de 1852. El admitía, sin embargo, la culpa grave –denominándola culpa inexcusable– al prohibir la renuncia de la acción por la responsabilidad en que podía incurrir el deudor por esa causa (artículo 1321). Y también admitía la culpa in concreto al consignar, como una de las obligaciones del depositario, la de "cuidar de la cosa depositada como propia" (artículo 1609, inciso 1 , del Código Civil).

La legislación peruana de 1936 tampoco seguía el sistema francés del tipo abstracto de comparación, del "buen padre de familia".

El artículo 1322 de ese Código disponía que "la culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". La regla estaba plenamente justificada. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello originaba una singular dificultad para apreciar de acuerdo con una idea abstracta, la del "buen padre de familia". "Lo que realmente se debe apreciar y juzgar, es la conducta de determinado deudor y no

el proceder de cualquier sujeto del género humano" (18).

El Código Civil de 1984 reproduce, en el artículo 1320, la misma doctrina que el artículo 1322 del Código Civil de 1936, al estatuir que "actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

El nuevo Código también acoge, como se ha expresado, la diferencia entre la culpa inexcusable y la culpa leve, no sólo para los efectos de la cláusula de no responsabilidad sino también para determinar los daños y perjuicios.

Lo que el nuevo Código no admite es una norma similar a la del artículo 1609, inciso 1), del Código Civil de 1936, que se encontraba incorporada al contrato de depósito. El precepto del Código Civil de 1984, consignado en el artículo 1819, exige al depositario "poner en la custodia y conservación del bien, bajo responsabilidad, la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Se ha abandonado pues el concepto romano de la "culpa leve in concreto" para ingresar en el moderno concepto de que el juez, apreciando la naturaleza y circunstancias de la relación obligacional, sea quien determine si el deudor ha procedido o no con la diligencia debida.

Es pues prudente que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos: ni a la clasificación en grados, ni al tipo abstracto de comparación.

En nuestro sistema la diligencia es el común denominador. Y, para saber si ella se empleó, deben apreciarse la "naturaleza de la obligación" y "las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Teóricamente la distinción entre los sistemas del Código Napoleón y del Código Civil peruano es nítida. En su aplicación esa diferencia es con frecuencia irrelevante.

Es difícil pensar que un juez prudente cree en el sistema francés la figura inmutable y, por tanto, aplicable a todos, del "buen padre de familia". Creará un tipo abstracto, a no dudarlo pero vinculado a la forma como habría procedido concretamente en esa obligación, de acuerdo con su rango social, económico e intelectual; de acuerdo con el tiempo; de acuerdo con el lugar; de acuerdo, en fin, con la naturaleza de la obligación.

(18) Enrique V. Galli, nota a la ob. citada de Raymundo Salvat. No. 130 p. 140

¿Y acaso no proceden los jueces en nuestro sistema de igual manera? Porque para saber si el deudor incurrió o no en culpa, el juez, necesariamente, comparará el caso concreto con la manera como hubiera procedido el común de las gentes, creando, aunque sea sin quererlo, un tipo ideal o abstracto.

El juez, en síntesis, compara siempre la forma como ha procedido el deudor con la forma como hubiera procedido un hombre normal, usando, para ello, su propia experiencia.

Podemos preguntarnos, por eso, si no hemos llegado, sin quererlo, al bonus et diligens pater familias del derecho romano (19).

## 7. PRUEBA DE LA CULPA

El Código Civil de 1852 establecía, en el artículo 1268, que la culpa no se presumía y, por tanto, que debía ser probada por el acreedor.

No era éste, sin embargo, el sistema del Código Civil de 1936. Cuando se incumplía la obligación o se ejecutaba en forma parcial o defectuosa, se presumía la culpa del deudor y tocaba a éste, por consiguiente, demostrar su inculpabilidad. Se trataba pues de una presunción juris tantum. Este principio se infiere, como ya lo hemos señalado, del artículo 1326 del Código Civil anterior, con las imperfecciones de limitar el precepto a la entrega de la cosa —como si las únicas obligaciones que existieran fueran las de dar— y a confundir el caso fortuito o fuerza mayor con la ausencia de culpa.

El nuevo Código señala en sus artículo 1329 y 1330 principios inconfundibles. Se presume —dice la ley— que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor; agregando que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Luego, si el deudor quiere eximirse de responsabilidad, deberá probar que la inejecución obedece a una causa no imputable —ausencia de culpa— salvo que la ley o el pacto lo obliguen a probar, como causa exoneratoria, el caso fortuito o fuerza mayor. Y, a su turno, si el acreedor pretende agravar la responsabilidad del deudor deberá probar que la inejecución obedece a dolo o a culpa inexcusable.

(19) Ver Mazeaud, ob. cit. en la nota (7) No. 453, p. 123.

## 8. CULPA DEL ACREEDOR

La inejecución de la obligación puede también obedecer a culpa del acreedor. O a culpa exclusiva del acreedor o a culpa del acreedor concurrente con la del deudor.

Es evidente, en el primer caso, el efecto liberatorio y, desde luego, la inimputabilidad del deudor. El tema no merece mayores comentarios.

Por ello ese primer caso no está tratado dentro de las disposiciones generales referentes a inejecución de obligaciones del Código Civil de 1984. El está tratado en situaciones especiales; por ejemplo, el artículo 1138, incisos 3) y 4), señala las consecuencias jurídicas de la pérdida o deterioro del bien, por culpa del acreedor, en las obligaciones de dar; el artículo 1155, relativo a obligaciones de hacer, se refiere a la imposibilidad de cumplimiento por culpa del acreedor, y el artículo 1160, sobre obligaciones de no hacer, al mismo supuesto.

La concurrencia de culpas entre deudor y acreedor sí está tratada en las disposiciones generales sobre inejecución de obligaciones. Dice el artículo 1326 que "si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven". Y el artículo 1327 agrega que "el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario".

Vemos pues que en el supuesto del artículo 1326 la responsabilidad por la inejecución de la obligación es compartida entre el acreedor y el deudor, configurándose una situación intermedia entre el daño inculpable y el daño debido por entero a culpa del deudor. Es lo que en doctrina se conoce con el nombre de concurso de culpas, en que cada sujeto responde en proporción al grado de su culpa eficiente. Es lo que también se conoce en doctrina como la compensación de culpas, no haciéndose referencia a la compensación, naturalmente, en sentido propio.

Y, en el supuesto del artículo 1327, la ley se limita a consignar un principio ético que incuestionablemente debe presidir toda relación obligacional: si el acreedor, utilizando diligencia ordinaria, puede evitar los daños, no se debe al resarcimiento por la no utilización de dicha diligencia.

# LECTURAS COMPLENTARIAS

## UNIDAD III: CRITERIOS DE IMPUTACION

1) LA NOCION DE CULPA EN EL DERECHO FRANCES. Francois Chabas.

# LA NOCION DE CULPA EN EL DERECHO FRANCES *

Francois Chabas **

La noción de culpa es importante porque el derecho común de la responsabilidad se mantiene fundado en la culpa, tanto en el ámbito contractual como en el ámbito extracontractual. Sancionamos la culpa de omisión como la culpa de acción. Normalmente la importancia, la gravedad de la culpa, no importa. Según el principio romano, la culpa aún muy leve, puede generar una responsabilidad *"in lege aquilia et levissima culpa venit"*. Pero este principio no es general. A veces la ley sanciona más gravemente el comportamiento doloso, o no sanciona la culpa leve: por ejemplo, la culpa de la víctima en el derecho del tránsito, o en el derecho de los accidentes de trabajo tiene frecuentemente que ser inexcusable para privar a la víctima de rezarcimiento.

Es por que tendremos que dividir esta conferencia en dos partes buscando sucesivamente la definición de la culpa y la gama, la escala, de las culpas.

## *I. Definición de la culpa.*

La doctrina se ha dividido a propósito de la definición de la culpa. Planiol la define como la violación de una norma preexistente. Pero eso podría parecer solamente una definición de la ilicitud, y, además, sería preciso saber cual es esa norma preexistente.

H. y L. Maseaud, y la escuela moderna, dicen que la culpa es el comportamiento que no tendría el hombre prudente y perspicaz. Esta definición que no tiene en cuenta la imputabilidad, se opone a la definición clásica en la cual la culpa es un hecho ilícito imputable a su autor. Tomaremos esta definición clásica como base de nuestra descripción del derecho positivo, distinguiendo según la apreciación de la ilicitud y la apreciación de la imputabilidad.

---

* Conferencia sustentada en la Universidad Iberoamericana el día 13 de marzo de 1989.

** Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Paris XII Francia.

*I.A. Apreciación de la ilicitud.*

Dos posibilidades se presentan para apreciar la ilicitud.

Sea tener en cuenta las particularidades del agente actor, sus motivos propios: se trata de la apreciación *"in concreto"*. Sea comparar el comportamiento del actor con el comportamiento de un individuo ideal, el buen padre de familia, el *"bonus pater familias"*: es la apreciación *"in abstracto"*.

Siguiendo las ideas de los señores Mazeaud, nuestra jurisprudencia ha optado claramente por la apreciación *"in abstracto"*. No cuentan las particularidades del individuo, su espíritu, su cultura; solamente se tienen en cuenta las circunstancias exteriores. La única pregunta que se plantea al juez es: ¿en las mismas circunstancias como hubiera actuado un individuo normal?. Una precisión sin embargo: para apreciar la culpa profesional se compara el comportamiento del individuo con el que hubiera adoptado un individuo de la misma categoría profesional.

Lo que hemos dicho conviene a la apreciación de la imprudencia o negligencia. Veremos después que las cosas son mas sutiles en lo que toca a la culpa intencional.

Una evolución similar, pero mas reciente, se produjo para la apreciación de la imputabilidad.

*I.B. Apreciación de la imputabilidad.*

Desde los orígenes, la jurisprudencia había planteado la necesidad de la imputabilidad. En particular, eso resultaba de la asimilación clásica, en el derecho francés entre culpa civil extracontractual y culpa penal. Un individuo no podría ser responsable, autor de una culpa, si los hechos litigiosos no le podían ser imputados. Así, por ejemplo: la tradición era en favor de la irresponsabilidad del demente o del infans: el niño no dotado de razón. Vamos a ver el régimen aplicable a esas dos categorías de inconcientes.

a). En cuanto al demente, una jurisprudencia tradicional decidía que no podía ser responsable, ni en el ámbito de la responsabilidad contractual, ni en el dominio extracontractual. Especialmente no podía ser responsable por culpa, porque no tenía conciencia de sus actos o acciones; además, en el ámbito de la responsabilidad del guardián por el hecho de las cosas —responsabilidad objetiva permitida— la demencia también exoneraba al demandado.

Esa norma la hemos siempre combatido; a nuestro juicio, no es justo dejar sin rezarcimiento a la víctima de un demente. La culpa, en nuestro sistema que es el de los señores Mazeaud, ahora debe ser una noción objetiva. La culpa jurídica civil, es una culpa social; no es una culpa moral: resulta de como no se comporta el buen padre de familia, cualquiera sean las particularidades, incluso intelectuales, morales, psíquicas del autor.

La jurisprudencia tenía conciencia de la injusticia de su principio y buscaba, por varios modos, atenuar esa injusticia. Por ejemplo, se presumía que el demente había actuado en un intervalo lúcido. Cuando la demencia provenía de una culpa anterior (alcoholismo, toma de drogas etc.), los jueces estimaban que el vínculo de causalidad era suficiente entre esta culpa anterior y el daño. Al fin, frecuentemente se sancionaba a los que tenían la guarda o la custodia del demente.

Un paso importante fue dado cuando el 18 de diciembre de 1964, la Corte de Casasión juzgó que el guardián de una cosa (en el caso un automovil) era responsable, aunque demente en el momento de la acción[1].

Sin embargo, los jueces seguían sosteniendo que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, el demente no podía ser culpable El legislador tuvo que intervenir. Lo hizo en la ley del 3 de enero de 1968, consagrando claramente las ideas de la escuela Mazeaud. Esta ley introdujo en el Código Civil un nuevo artículo No. 489-2 que dispone que "el que causa un daño mientras está en estado de turbación mental, sin embargo, debe repararlo".

La jurisprudencia tuvo que interpretar la noción de turbación mental. Por ejemplo: decidió que el que pierde conciencia por razón de enfermedad cardiaca[2] y al caer hiere a alguien, no está sometido al artículo 489-2. Aplicó el texto en materia contractual, evidentemente cuando el contrato había sido firmado antes de la demencia. Especialmente lo aplicó al caso del menor demente, y eso merece algunas palabras más.

No hay duda que el texto rige a todos los dementes, incluso a los menores. Pero se puede preguntar: ¿Es el texto el reflejo de una teoría general, según la cual la imputabilidad no sería un elemento de la culpa?, o al contrario, ¿este texto consagra una excepción en favor de las víctimas del demente? Esas víctimas pudiendo, por extraordinaria, obtener reparación de una persona que no tenía conciencia.

En su mayoría, la doctrina opinaba en favor de la primera interpretación. Es cierto que el texto del artículo 489-2 no concierne directamente al "infans" porque este último no padece una enfermedad mental aunque es inconciente. Pero estimábamos que el artículo 489-2 es una aplicación del principio general de no necesidad de la imputabilidad. A fortiori la norma se debe aplicar al infans.
¿Qué decidieron los jueces?

b). El infans. A pesar de la promulgación del texto sobre el demente, la jurisprudencia mantuvo sus soluciones, según las cuales, el infans no podría ser responsable. Eso fue repetido particularmente por la Corte de Casasión en 1977 y 1981[3]. El discernimiento seguía siendo una condición necesaria de la responsabilidad.

(1) Sem. Jur. 1965 II 14304 y nota de Dejean de la Batie.
(2) Cass 2da. Sala Civil, 4 de febrero de 1981. Bull Civ. II No. 21.
(3) Cass 2a. Sala Civil, 7 de Dic. de 1977. Dalioz 1978. I R. 205 Obs de Carroumet; 1 de abril de 1981, Gaz. Pal. 1981, panorama de jurisprudencia p. 239 Obs. de F. Chabas.

Finalmente la Corte de Casasión se inclinó ante la posición firme de una parte por la doctrina y se produjo un cambio de la jurisprudencia cuando la Asamblea Plenaria el 9 de mayo de 1984, por varios fallos, decidió que el discernimiento ya no era una condición para la responsabilidad de un niño[4].

Dijo la Corte de Casasión: el juez no tiene que averiguar, verificar si el infans era capaz de discernir las consecuencias de sus actos; el juez ha podido decidir que el menor había cometido una culpa de imprudencia.

Esa norma nueva fue aplicada a la responsabilidad objetiva del niño guardián (en el caso, tenía 2 años), a la responsabilidad del niño víctima lo que es muy grave, y, quizás, discutible. Fue extendida la norma a la culpa de imprudencia hacia los terceros etc., Lo único que no aceptó la jurisprudencia fue admitir la idea de culpa intencional del infans. Vamos a ver por qué, al examinar la gama de las culpas.

*II. La gama de las culpas.*

II.A.- Ya hemos enunciado el principio: la responsabilidad normalmente no depende de la gravedad de la culpa; el alcance del resarcimiento no es en función de la gravedad de la culpa. Sin embargo, esos principios sufren excepciones tan importantes que es preciso señalar como las culpas se clasifican en función de su gravedad.

Esas excepciones se encuentran, por ejemplo, en el ámbito de los efectos de la obligación *"in solidum"* o solidaria de los coautores. Entre esos últimos, el reparto de la carga del resarcimiento se opera en función de la gravedad de las respectivas culpas.

Además, una culpa calificada, a veces es exigida de parte del demandado para que sea responsable. Aquí están algunos ejemplos a propósito, tanto de la responsabilidad hacia los terceros como de la responsabilidad pasiva de la víctima.

La responsabilidad del empleado hacia el empleador supone la culpa grave. La culpa grave y la culpa intencional suprimen el efecto de las cláusulas de responsabilidad; también suprimen los efectos de las limitaciones legales de responsabilidad. La culpa inexcusable de la víctima libera al empleador en los accidentes del trabajo y al conductor en los accidentes de tránsito, etc.

¿Pues cuáles son esas diversas culpas?

II.B.- Para comparar la gravedad de las culpas se hace variar el tipo de referencia. La culpa leve es el hecho que no hubiera cometido el individuo normal en las mismas circunstancias exteriores; la culpa grave será el comportamiento que no hubiera adoptado el individuo menos prudente y perspicaz etc.

(4) Dalioz 1986 y nota de F. Chabas.

Eso es la teoría. Pero los jueces son muy hostiles enfrente a las cláusulas de responsabilidad o las limitaciones legales. La tendencia de la jurisprudencia fue admitir fácilmente que la culpa fuera grave de manera de neutralizar esas limitaciones.

Entonces, el legislador tuvo que intervenir y en algunas leyes suprimió la tradicional asimilación de la culpa grave al dolo. La culpa grave fue reemplazada en esas leyes por la culpa inexcusable por ejemplo: en la Convensión de Varsovia en materia de transporte aereo.

La culpa inexcusable la encontramos en cuatro lugares: transporte aereo, marítimo, accidentes del trabajo y accidentes en la circulación.

Se puede definirla como la culpa excepcionalmente grave suponiendo la conciencia del riesgo que su autor hubiera debido tener y su aceptación temeraria sin razón valuable. Al referirse a la conciencia que el agente "hubiera debido tener" (en vez de "tenía" o "tuvo") el Derecho francés opta por la apreciación *in abstracto* de la culpa intencional[5].

Al fin, en la cumbre de la escala encontramos la culpa intencional. En materia extracontractual la llamamos delito civil y dolo en materia contractual.

En Francia, asimilamos la culpa intencional a la culpa voluntaria, es decir, que el deseo de dañar no es requerido. Solo es suficiente el hecho de saber que se viola la obligación y hacerlo adrede.

¿Cómo se aprecia la culpa intencional? Algunos dicen que se aprecia *"in concreto"*, lo que no es exacto. Es verdad que la culpa intencional supone la conciencia de los actores porque postula una intención. Es la razón por que los jueces no aceptan la idea de una culpa intencional del demente o del infans. Pero la apreciación *in concreto* no es eso. Pienso que incluso la culpa intencional se aprecia *in abstracto* por que el razonamiento es éste: ¿hubiera querido voluntariamente transgredir la norma un individuo normal, en las mismas circunstancias? Y esa pregunta tenemos que plantearla porque hay casos donde eso es permitido: tengo el derecho de herir voluntariamente al hombre que me ataca: es el hecho justificativo.

En conclusión diré que la norma del derecho que acabo de describir ha seguido una evolución importantísima, durante los veinte últimos años. Es el triunfo de la apreciación *"in abstracto"*. Empieza, escribió el Profesor Mazeaud, no el reino de la culpa objetiva, sino de la responsabilidad objetiva.

(5) Vea, por ejemplo: Cass 2a. Sala Civil. 20 de julio de 1987. Gaz. Pal. 1988. 26 y nota F. Chabas.

**UNIDAD III: CRITERIOS DE IMPUTACION**

**2) LA CULPA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERCHO FRANCES. Francois Chabas.**

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

# REVISTA IUSTA

Nº 36

enero - junio

2012


| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| IUSTA | Bogotá, D.C. Colombia | No. 36 | pp. 1 - 170 | Enero Junio | 2012 | ISSN 1900-0448 |

Publindex
Indexación - Homologación

v|lex

Revista admitida en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas –Publindex, en categoría C.
Dirigida a académicos y científicos en Ciencias Humanas Aplicadas

ISSN: 1900-0448
Hecho el depósito que establece la ley
© Derechos reservados
Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
2012

Corrección de estilo
Diana Marcela Jaime López

**Universidad Santo Tomás**
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 No. 54-39
Teléfonos 235 19 75 - 255 42 01
http://www.usta.edu.co
editorial@usantotomas.edu.co
Bogotá, D.C., Colombia
2012

# La culpa como fundamento de la responsabilidad civil en el derecho francés

# Guilt as a Basis for Civil Liability in French Law

Fecha de recepción: 30 de agosto 2011
Fecha de evaluación: 11 de octubre de 2011
Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2011

François Chabas*

## RESUMEN

La noción de culpa es fundamental en la imputación de responsabilidad civil en un doble sentido: en relación con el sujeto que causa un daño con culpa y también en relación con la víctima que obró con culpa. La doctrina ha jugado un rol trascendental en la evolución del derecho positivo, y en ella hay que distinguir entre la perspectiva de la doctrina clásica y la moderna, es decir, entre un enfoque moralista y otro objetivo de la culpa. Es este último el que decidió aplicar la Corte de Casación francesa.

**Palabras clave:** responsabilidad, culpa, imputabilidad, ilicitud, incapacidad

## ABSTRACT

Negligence is a fundamental concept in civil liability in a double sense: in respect of the one who causes a damage and also in respect of the victim. Scholars have played an important role in the evolution of laws in this particular subject, and one must distinguish between the traditional doctrine and the modern

* Doctor en Derecho en la Universidad de París. Ex profesor titular de la Universidad de París XII. Ha sido profesor por tradición de las principales escuelas de derecho francés y de varios alumnos en toda Latinoamérica; además ha sido profesor visitante de varias universidades en Portugal, España, Suiza Bélgica, Italia, Japón, Egipto, Marruecos, México, Argentina, Chile, Perú y Colombia. Ha sido condecorado con el premio *Palma de la Academia*, reconocimiento otorgado en Francia por considerársele el autor más influyente en el siglo XX en Derecho Privado. Es autor de diferentes escritos sobre la responsabilidad, coautor del tratado de los hermanos Mazeaud, que se ha traducido a varias lenguas, incluida el castellano. Además es autor de la obra *Cien años de la responsabilidad civil en Francia*, también traducida al español.

doctrine of fault, it means between the moral approach and the objective approach of fault. The last one was applied by the Cour de Cassation.

**Keywords:** liability, fault, imputation, illegibility, disability.

## INTRODUCCIÓN

Abordar el tratamiento de la culpa en la responsabilidad civil nos permite identificar un tema común a nuestros sistemas jurídicos latinoamericanos y europeos. Sobre esta institución jurídica encontramos en la *Lex Aquilia* el más remoto antecedente.

El siglo XIX se distinguió por el reinado de la culpa como único y absoluto soberano de la responsabilidad civil, bajo una caracterización estrictamente subjetivista sustentada en una base moralista, para poder así sindicar y reprochar la conducta de los culpables que causaban algún daño. Tal influencia fue moderándose hacia fines del mismo siglo, cuando surge la teoría del riesgo proveniente de Italia y que fue adoptada por Saleilles y Josserand, ilustres juristas franceses. Desde entonces, las puertas se abrieron a esta nueva fundamentación de la responsabilidad civil, la que vio su primera consagración en el área de los accidentes de trabajo[1].

Sin embargo, esa novedosa irrupción de la teoría del riesgo no significó la desaparición de la teoría de la culpa del escenario de la imputación de responsabilidad civil, sino más bien delineó sus precisos ámbitos de aplicación. Así, se consideraba que los nuevos vientos del siglo XX determinarían la adecuación de la doctrina clásica a las diversas exigencias de reparación de los daños de las víctimas, como también a las nuevas circunstancias que venían en consideración para la apreciación de la culpa como fundamento de imputación de responsabilidad. Precisamente esta adecuación es la que tratamos de explicar en los párrafos que siguen, con el propósito de esclarecer la posición que finalmente adopta la Corte de Casación francesa.

## LA DOCTRINA DE LA CULPA

Dado que se ha elegido el tema de la culpa, extenderé un poco este para presentar las cosas de una manera más académica y con una visión amplia de los problemas.

La noción de culpa[2] es fundamental entre nosotros, y cuando digo "nosotros" me refiero a los países hermanos de América Latina y de Europa, porque la mayor parte de la responsabilidad, tanto aquí como en Francia, se funda en la culpa, es decir que esta noción es fundamental. Lo es en un sentido doble: en primer lugar porque quien comete la culpa y con este motivo ocasiona un daño a otro tiene que reparar, generándosele entonces una responsabilidad hacia el prójimo, hacia los terceros. Pero la culpa también se tiene en cuenta cuando es "culpa de la víctima", al punto tal que los principales fallos que delimitaron la noción de culpa conciernen en realidad a víctimas que habían cometido lo que tendríamos que calificar –y que en últimas la Corte de Casación francesa calificó– como una culpa.

1 Cfr. Ley del 9 de abril de 1898 y Ley del 30 de octubre de 1946. Actualmente el texto de la ley de accidentes de trabajo está integrado a los artículos L. 411-1 del Código de Seguridad Social. Al respecto, véase: Mazeaud y Chabas (1998). *Leçons de droit civil. Obligations, théorie general.* Tomo II, vol. 1°, 9ª ed. París: Montchrestien.

2 Cfr. Bach (1977). Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français. *Rev. Trim.dr. Civ.*, p.17 y ss., 221 y ss.; Le Tourneau (1988). La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). *Rev. Trim. dr. Civ.*, p. 505.

Así es como nosotros tenemos una orientación especial hacia la culpa, sobre todo que en mi escuela de los hermanos Mazeaud esta tiene una importancia mayor, lo que se aprecia en los trabajos de estos grandes maestros. A diferencia de lo que encontramos frecuentemente, la doctrina tiene una influencia, tiene una situación diferente del derecho positivo, además que lo precedió. Actualmente hay un intercambio, una confusión entre el pensamiento de la doctrina y el pensamiento de los jueces o del operador, pero nosotros vamos a ver que es bajo la influencia de la doctrina como evolucionó el derecho positivo.

Hablaremos en primer lugar de la doctrina. Esta se puede dividir en dos partes: en doctrina clásica y doctrina moderna.

La doctrina clásica nos enseña que la culpa consta de dos elementos[3]: en primer lugar, la ilicitud[4], que es comportarse de manera contraria a la norma (ya sea norma legislativa, norma contractual, norma como la buena conducta del individuo normal, etc.). En segundo lugar, la imputabilidad como tema principal de la conferencia.

Yo no creo que la imputabilidad pertenezca al derecho natural. Podríamos definir la imputabilidad como la posibilidad de vincular el comportamiento de la gente, ya sea autor o víctima, es decir, la posibilidad de vincular su comportamiento con una voluntad libre. En otras palabras, la imputabilidad es la posibilidad o la capacidad de querer y entender, lo que no es el caso del demente, quien no sabe lo que hace y no entiende nada. No es tampoco el caso del niño, que no ha llegado a la edad de la razón, aunque eso puede variar, pues hay niños de seis años que pueden distinguir entre lo bueno y lo malo, pero también hay niños de ocho años que no logran distinguirlo. Creo que ese es el criterio: la posibilidad de saber que algo es malo o es correcto. La imputabilidad es un requisito que se añadía al requisito de la ilicitud.

Decía que no me parecía que fuera parte del fenómeno del derecho natural. Lo digo porque cuando hace algunos años seguí el curso de historia del derecho penal nos enseñaban que en la Edad Media se condenaba a los animales por matar a un niño; entonces, incluso un animal podía cometer la culpa, emperatriz de la responsabilidad, con la solución que pueden imaginar. Es decir, a mi juicio, la salida de la imputabilidad[5] me parece ligada con el fenómeno del Siglo de las Luces, cuando el hombre invade al mundo y cuando todo cuenta alrededor del hombre.

Por tanto, no podemos considerar que una persona que tiene del hombre solo el aspecto físico, pues no tiene la inteligencia que caracteriza nuestro género, sería capaz de cometer una culpa. Esta es la doctrina clásica que comparten la mayoría de los autores tanto en Europa como en otros países. Pero hay que pensar que el autor que escribía al inicio del siglo XX, Planiol, decía que la culpa era el hecho de desobedecer y de no cumplir una obligación interior; entonces ustedes pueden percibir algo objetivo en esta concepción. El hombre del cual les estoy hablando, Planiol, nos dice que la culpa preside en la ilicitud, y eso es con lo que los hermanos Mazeaud se encuentran en esta doctrina y con lo que sostuvieron una teoría nueva de la culpa.

Hasta esos últimos años se consideraba la culpa como una culpa moral, y los hermanos Mazeaud tenían una idea contraria, que puede corresponder también con la mentalidad de las personas

3 Esto concordaba con el principio de identidad de las culpas civil y penal, solemnemente afirmado en 1912 (*Civ.*, 19 de diciembre, 1912, 1914, p. 249).

4 Cfr. Puech (1973). *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle.* París: LGDJ.

5 La imputabilidad es un requisito que actualmente en Francia se exige únicamente para la culpa penal; por tanto, el principio de identidad de las culpas civil y penal ha perdido fundamento. Cfr. Chabas (1975). *Responsabilité civile et responsabilité pénale.* Paris: Montchrestien.

sencillas o de una sociedad primitiva, quienes consideran que el individuo culpable es quien no se comporta como los demás. Esta culpa ya no es moral, sino que se convierte en una culpa social por el hecho, dicen los Mazeaud, de no comportarse como lo habría hecho el individuo prudente y avisado colocado en las mismas circunstancias exteriores. Lo digo con un poco de énfasis ya que es la fórmula que va a copiar la Corte de Casación en los años siguientes.

Entonces la culpa se vuelve una culpa objetiva[6], aunque no hay que confundirla con una responsabilidad objetiva[7]. Es una responsabilidad subjetiva fundada en una culpa en ella objetiva; y es una culpa objetiva porque se tiene en cuenta solo el comportamiento y no el discernimiento. Los Mazeaud llegan a un extremo tan inhumano, que nosotros no los seguimos[8].

Para los Mazeaud, la culpa es una culpa objetiva, se observa en el comportamiento y se compara con el comportamiento del individuo prudente y avisado colocado en las mismas circunstancias exteriores. Eso nos permite descartar todo lo que toca a las particularidades intelectuales; no vamos a tomar en cuenta si es un niño o un demente. Lo que se les critica es que fueron más allá, porque toda una familia siguió las enseñanzas de los hermanos Mazeaud.

Los Mazeaud añadían las particularidades físicas, por ejemplo: un pobre viejito de setenta años cruza la calle lentamente, y el semáforo cambia de color mientras él está en medio de la calle. Este viejito no se comporta como el individuo normal, porque el individuo normal pasa la calle con cinco minutos menos. De ahí que exista culpa por no comportarse como el individuo normal en las mismas circunstancias.

## APLICACIÓN DE LA DOCTRINA MODERNA DE LA CULPA

Nosotros encontramos un sistema intermedio que fue aplicado por la Corte de Casación y es mucho más humano. Tratándose de las particularidades físicas, la intención es la siguiente: comparar un discapacitado, un inválido cualquiera, con una persona de su categoría física no lo exime de la culpa. No niego que un ciego cometa una culpa, por ejemplo, cuando se comporta de un modo que no lo hubiera hecho en las mismas circunstancias exteriores, es decir, un ciego prudente y avisado. Los ciegos circulan en la calle, los ciegos pueden tomar el transporte masivo, el ciego se aprende su itinerario, pero el ciego que se aventura de manera imprudente, sin haber seguido un tipo de curso para el comportamiento en la calle, puede ser culpable, porque el buen ciego se hubiera comportado de esta manera. Esto se aplica a los viejitos, a los discapacitados, a quienes, en general, hay que compararlos con las personas de su categoría física. Si se comporta de manera diferente, se considera una culpa. Esta es la doctrina que ejerce una influencia fundamental sobre la jurisprudencia.

Tenemos que decir que el problema se limita a la apreciación; así es como la Corte de Casación, nuestro Tribunal Supremo, decidió que se tenía que apreciar la culpa. Y hay que confesar que en un primer tiempo la Corte de Casación se mostró de una manera clásica, considerando dos elementos: la ilicitud y la imputabilidad. En cuanto a la ilicitud puedo decir dos palabras y dejar el problema de lado, porque es muy sencillo. La ilicitud tiene una importancia fenomenal porque, como van a ver, desapareció el requisito de la imputabilidad.

6 Cfr. Mazeaud y Mazeaud (1985). *La "faute objective" et la responsabilité sans faute.*

7 Esta responsabilidad se vio concretada en la expansión de la responsabilidad por el hecho de las cosas, la responsabilidad por el hecho ajeno y el descubrimiento de las obligaciones de seguridad. Cfr. Chabas (2004). *Cien años de responsabilidad civil en Francia.* París: Van Dieren; Starck, D. (1958). Et fondement de la responsabilité sans faute, *Rev. Trim. dr. Civ.*, p. 475 y ss.

8 Ningún partidario de la apreciación *in abstracto* desconoce la importancia de los elementos concretos. Con relación a la responsabilidad de los enfermos mentales, véase: Lafon (1960). *La responsabilité civile du fait des malades mentaux.* (Tesis). París.

Sin embargo, la ilicitud es algo fácil de definir y apreciar.

La ilicitud es una comparación entre diversos comportamientos: el comportamiento de la gente, ya sea víctima o autor del daño, con el comportamiento del individuo prudente y avisado. De esta forma, evidentemente la ilicitud puede existir con una violación a la ley, salvo circunstancias que podrían suprimir los hechos, la culpa o la violación al reglamento o a las costumbres. Pero cuando no hay nada, cuando no hay texto, cuando no se puede constatar un exceso de velocidad, hay que comparar el comportamiento del individuo que se juzga con un individuo ideal, el buen padre de familia, a fin de saber si ha cometido la culpa. El bueno padre de familia incluso aparece en el Código Civil francés, pues se sabe que este es aquel hombre prudente y avisado.

De manera que la ilicitud es el comportamiento que no corresponde con aquel que hubiera adoptado un individuo prudente y avisado colocado en las mismas circunstancias exteriores; digo "exteriores" para que no se tome en cuenta la invalidez o algo intelectual.

## EVOLUCIÓN DE LA APRECIACIÓN DE LA IMPUTABILIDAD

Veamos cómo evolucionó la apreciación de la imputabilidad. Nos encontramos casi obligados a distinguir entre dos tipos de personas que no gozan de la integridad intelectual, que son el demente o loco y el niño o *infans*. "In" es un privativo latino, "fans" se refiere a la palabra. "Infans" es el niño que no puede hablar, y en verdad los jueces y la doctrina consideran que el *infans* no ha llegado a la etapa de la razón, que no puede distinguir entre lo malo y lo bueno. Entonces nosotros tenemos que distinguir entre el comportamiento del *infans* y el del demente, porque al tratarse de un niño que ha llegado a la etapa de la razón no hay problema, porque la responsabilidad es como la de un adulto. Pero veremos cómo ha evolucionado la responsabilidad del demente.

Hay que distinguir dos períodos, en tanto ello constituye una evolución revolucionaria. La primera tuvo lugar en el año 68. Antes de este año se decía que el demente no era responsable, pero con muchas atenuaciones, por ejemplo cuando el estado de locura provenía de una culpa anterior, como el abuso de los estupefacientes, alcohol, entre otros.

También había una posibilidad de determinar la responsabilidad de los que tenían que vigilar al loco, pues diversas posibilidades fueron introducidas. También hay pocas personas que son locas, al tiempo que son locas con intervalos lúcidos. Entonces había que probar que cuando se produjo el daño las personas no estaban en ese intervalo, lo que es muy importante para las víctimas, puesto que los expedientes no eran suficientes.

La consecuencia era terrible. Fue también, por ejemplo, que cuando el dependiente era loco y había causado un daño, el principal no era responsable, porque la responsabilidad de este supone la culpa del dependiente. Pero hubo un pequeño progreso en el año 64, cuando la corte de casación decidió que en materia de responsabilidad objetiva del guardián de un vehículo, la imputabilidad no era necesaria; pero para mí no es suficiente y no hace avanzar el problema de la culpa. Tratándose de una responsabilidad objetiva de los guardianes, poco importa que la Corte de Casación haya decidido que no cuenta la imputabilidad. Nosotros conservamos la duda en cuanto a la necesidad de la imputabilidad en materia de culpa, y eso apareció en el año 1968.

La verdad es que el Ministro de Justicia de la época había confiado al jurista más grande del siglo XX, Dejean de La Bâtie[9], la tarea de redactar textos

9 Véase: Dejean de La Bâtie (1965). *Appréciation in concreto et appréciation in abstracto en droit civil français*. París.

sobre el incapaz, siendo así como surge la idea de introducir un artículo relativo a la responsabilidad por delito. No era lo que le habían pedido, porque se trataba de la protección del incapaz, pero él pensaba en la posibilidad de permitir que este pagara los daños por él causados. Esto existía en los países cercanos a Francia, como Grecia y Bélgica, que incluyeron en el código civil una norma un poco informal, teniendo en cuenta las posibilidades financieras respectivas de la víctima y del autor del daño, en relación con otorgar una reparación más o menos completa en equidad.

Luego, en el parlamento surgió un enfrentamiento total, al punto que se suprimió el texto en el parlamento mismo y se dijo que este no era francés, que en Francia se reparaba el daño o no se reparaba. Si se reparaba el daño se hacía totalmente, pero darle a un juez un poder de equidad en materia de la reparación de los daños era contrario a los principios base. Es por eso que apareció el artículo 489-2, que figura de la siguiente manera: "El que causara un daño mientras esté en un estado de turbación mental queda sin embargo obligado a repararlo". La fórmula no es tan clara, porque la ley francesa dice que al menos con el "sin embargo" queda obligado a repararlo[10].

Pero habían como siempre dos corrientes: algunos decían que era un texto autónomo, que dictaba una responsabilidad objetiva de los dementes. Hay que notar que la ley no habla de responsabilidad, sino de reparar los daños causados; tampoco habla de la culpa que hubiera podido cometer hacia sí mismo la víctima loca. Estos diversos argumentos eran importantes e introducían la culpa, pero gracias a los aseguradores la luz apareció. Imaginen a un loco que tiene una póliza de seguro probablemente desde cuando era sano de espíritu, una póliza de responsabilidad. El asegurador escribe en la póliza y responde por la responsabilidad proveniente de la violación de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil. El artículo 1382 plantea que cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño obligará a aquella, por cuya culpa se causó, a repararlo. Estos son textos de la responsabilidad normal por culpa, es decir, de la responsabilidad extracontractual. Si la aseguradora puso esto era porque no querían cubrir la responsabilidad contractual que está en los artículo 1146 y siguientes, entonces el asegurador cubre los daños que se generan en una responsabilidad fundada en los artículo 1382 y siguientes.

El loco ocasiona un accidente y se pide la indemnización al asegurador, quien dice "no pago", argumentando que la póliza se encuentra establecida de la siguiente manera: "Yo respondo por los daños causados en los artículo 1382 y siguientes, y la responsabilidad del demente se funda en el artículo 492 y siguientes, que es posterior; de modo que la póliza no aplica". La Corte de Casación durante 3 años decidió que no, que el artículo 492 no creaba una responsabilidad nueva, si no que revivía a los artículos 1382 y siguientes, es decir que este tipo de ley es interpretativa o retroactiva. Esto significa que a los ojos de la Corte de Casación la culpa es posible por parte de un demente, en tanto está sometido al artículo 1382, por lo cual se puede decidir que el demente es capaz de cometer la culpa. A partir de este momento la Corte de Casación decidió que en materia de responsabilidad el demente era responsable hacia los terceros.

La Corte de Casación vaciló mucho, porque no hay que olvidar que cuando se trata de la culpa del menor no se está haciendo referencia solamente a una responsabilidad hacia terceros; se trata de una posibilidad de oponer, como dice la Corte de Casación, su propia culpa al menor víctima, diciéndole: "tú has cometido una culpa y, por tanto, vamos a disminuir el derecho a resarcimiento

10 La Corte de Casación decidió que el artículo 489-2 no se contempla ninguna responsabilidad particular y se aplica a todas las responsabilidades previstas en los artículos 1382 y siguientes del Código Civil. Cfr. 2° *Civ.*, 4 de mayo de 1977, 1978, 393 y nota de Legeais; Civ., 1977, 772, obs.; DURRY. 1er civ., 17 mayo de 1982, Gaz. Pal. 1983, panor. 134, obs. F. CHABAS, Gaz. Pal. 1983, 1.185, y nota JOURDAIN.

tuyo". Esta es la razón por la cual durante años y años la Corte de Casación, incluso hasta 1981, decidió respecto a la condición para la imputabilidad; requisito que se mantenía en lo que concernía a los menores. Sin embargo, es un poco injusto distinguir entre un sentido, a propósito de un tipo de persona que no tiene discernimiento, y otro, a propósito de otra persona que es privada del discernimiento.

Lo anterior se puede explicar a través del giro fundamental que se produjo el 9 de mayo de 1984[11]. Por diversos fallos, la Corte de Casación decidió que la culpa del menor era independiente de su capacidad de discernimiento. Hay que subrayar que en estos casos las víctimas habían muerto a causa de una falta de vigilancia por parte de los padres, los cuales dejaron cometer la culpa. Esto sucede en un caso en donde el menor ha cambiado una bombilla eléctrica, y en otro donde una niña de seis años es atropellada por un automóvil mientras cruzaba la calle, donde murió.

Sigo pensando en el caso en que las víctimas hubieran sobrevivido y se hubieran presentado frente a la corte. No sé si la asamblea plenaria hubiera tenido el valor de decirle: "tu culpa va a suprimir una parte de la reparación". Así, resultó más fácil resolver el caso tal como ocurrieron los hechos, que teniendo en frente a las víctimas directas.

Eso no impidió que la Corte de Casación decidiera en el sentido que les dije. Eso emana de una formación solemnísima, que es la Asamblea Plenaria, compuesta por magistrados miembros de la Corte de Casación de las tres salas civiles (Sala Comercial, Sala Social y Sala Criminal) y por todos sus presidentes. Ellos dictan fallos al punto tal que en primer lugar se decidió que el menor, aunque no dotado de discernimiento, era responsable por culpa hacia sus víctimas; en segundo lugar, tratándose de un menor víctima que había sobrevivido, se decidió que su culpa era el origen de la disminución del resarcimiento de los daños e intereses, es decir que a partir de 1984 la Corte de Casación mantuvo el curso invariable.

Queda un problema grave por aclarar y es la culpa intencional o la culpa voluntaria. Les voy a describir las tres culpas que nosotros tenemos, que son la culpa leve, levísima y grave, al igual que la culpa de imprudencia e intencional[12]. Hay tres casos:

Primero estoy en el coche, estoy distraído, el semáforo se pone en rojo, paso y choco. Eso es una imprudencia.

El segundo caso: estoy en el mismo coche y tengo prisa; el semáforo se pone en rojo y lo veo, pero paso. Como asumo el riesgo, entonces infrinjo voluntariamente la norma, pero no busco un resultado nefasto para cualquier persona. Aquí infrinjo la norma voluntariamente.

En el tercer caso estoy en el mismo coche y voy manejando, veo a mi peor enemigo y lo arrollo. Esta es una culpa claramente intencional.

Esas culpas tienen un régimen diferente según los tipos de responsabilidad, para terminar en la ley francesa de tránsito de 1985[13]. Hubo un escándalo generado por un fallo donde una chica de seis años era culpable, lo que hizo que el legislador en materia de accidentes de tránsito decidiera que no se podía tomar en cuenta la culpa en relación con la edad de un niño o considerar la edad igual

11 Mediante tres fallos de la *Assemblée Plénaire* de 9 de mayo de 1984 la Corte de Casación afirmó que los jueces no estaban obligados a verificar si los menores son capaces de discernir las consecuencias de sus actos. Cfr. *Ass. Plén.*, 9 de mayo 1984, 525, conclusiones de Cannes y nota de Chabas; J.C.P., 1984 II, 20291 y rapp.; Fédou, 1984, II, 20256, con nota de Jourdain; R.T.D., civ. 1984, 508; Mazeaud y Mazeaud (1985). *La "faute objective" et la responsabilité sans faute.*

12 Cfr. Viney (1975). *Remarques sur la distintion entre faute intentionelle, faute inexcusable et faute lourde.*

13 Esa ley regula los accidentes de la circulación. A pesar de que la intención del legislador era construir una responsabilidad sobre la base del derecho común, la *Cour de Cassation* adoptó una tesis que otorgó plena autonomía a sus disposiciones, excluyendo la aplicación de los artículos 1382 y ss. del Código Civil. Cfr. Mazeaud y Chabas (1969). *Leçons, Obligations,* p. 257.

o inferior de dieciocho años. En las personas inválidas o de ancianos mayores de setenta años la responsabilidad se mantenía en el caso de la culpa intencional. Pero yo no puedo imaginar una culpa intencional de un inválido que quiere terminar con una vida. ¿Cómo podemos imaginar la culpa intencional de un loco o de un niño de tres años o cómo podemos imaginar la culpa voluntaria o intencional libre que no tiene el *infans* ni el demente?

No obstante, en nuestra escuela nunca hemos concebido que se pueda considerar una culpa intencional de un niño o un demente, pues se lo dejamos a la culpa por imprudencia. Pero la Corte decidió que un loco que se había suicidado era responsable y entonces decidieron que un loco era capaz de una culpa intencional, lo que me parece absolutamente absurdo e injusto, pero es la jurisprudencia que se presentó en diferentes fallos de la Corte de Casación[14]. Basta mencionar a manera de referencia una sentencia de la Corte de Casación del 21 de julio de 1992, comentada por este servidor.

## CONCLUSIÓN

La evolución de la doctrina de la culpa ha demostrado no solo en Francia, sino también en todos los sistemas, que la han contemplado como la cláusula general de responsabilidad civil que esta ha reducido su campo de acción y cedido territorio a otros fundamentos de imputación de responsabilidad. Pero se aprecia, sobre todo, que cuando la culpa es exigida se la concibe actualmente de manera objetiva. Esta es la síntesis de la evolución de la culpa en el siglo XX.

14 Para una profundización sobre la culpa, véase: Mazeaud, Mazeud y Chabas (1988). *Lecons de droit civil.* Tomo II, vol I. París: Montchrestien;, p. 50 y ss.; Mazeaud, Mazeaud y Chabas (2006). *Derecho Civil. Obligaciones.* Tomo II. Argentina: Zavalía, pp. 7- 106; Chabas (2004). *Cien años de responsabilidad civil en Francia.* París: Van Dieren, p. 24 y ss.

## REFERENCIAS

Bach (1977). Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français. *Rev. Trim. dr. Civ.*, p.17 y ss., 221 y ss.

Chabas (1975). *Responsabilité civile et responsabilité pénale.* París: Montchrestien.

Chabas (2004). *Cien años de responsabilidad civil en Francia.* París: Van Dieren.

Dejean de La Bâtie (1965). *Appréciation in concreto et appréciation in abstracto en droit civil français.* París.

Lafon (1960). *La responsabilité civile du fait des malades mentaux.* (Tesis). París.

Le Tourneau (1988). La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). *Rev. Trim. dr. Civ.*, p. 505.

Mazeaud y Chabas (1998). *Leçons de droit civil. Obligations, théorie general.* Tomo II, vol. 1, 9ª ed. París: Montchrestien.

Mazeaud, Mazeaud y Chabas (1998). *Lecons de droit civil.* Tomo II, vol. I. París: Montchrestien. Mazeaud, Mazeaud y Chabas. (2006). *Derecho Civil: obligaciones.* Tomo II. Argentina: Zavalía.

Puech (1973). *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle.* París: LGDJ.

Starck, D. (1958). Et fondement de la responsabilité sans faute, *Rev. Trim. dr. Civ.*, p. 475 y ss.

**UNIDAD III: CRITERIOS DE IMPUTACION**

**3) EL DERECHO DE ACCIDENTES Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL: UN ANALISIS ECONóMICO Y JURíDICO. Fernando Gomez y otros.**

# El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico

Por FERNANDO GOMEZ

Departamento de Derecho civil, Facultad de Derecho (UCM)

Por SANTOS PASTOR

Departamento de Economía y Hacienda, Facultad de Derecho (UCM)

**SUMARIO:** I.Introducción. II.¿Qué reglas jurídicas se examinan? II.1. ¿Qué son reglas de responsabilidad? II.2. Exclusión de las reglas contractuales. II.3. Exclusión de las reglas de responsabilidad por daños intencionales. II.4. Principales áreas. III. Puntos de partida. III.1. Respuesta de los sujetos a los incentivos que crean las reglas. III.2. Función preventiva de las reglas de responsabilidad. III.3. Los objetivos. III.3.1. El óptimo social. III.3.2. Justicia, compensación ética y maximización del bienestar social. III.3.3. Justicia y prevención. Justicia y compensación. IV. Proposiciones fundamentales. IV.1. Cuando las partes son neutrales hacia el riesgo. IV.2. Responsabilidad, riesgo y seguro. IV.3. El problema de los costes administrativos. V. La regla de no responsabilidad. V.1. Los ilícitos típicos. V.2. La restricción a priori del ámbito del daño resarcible. V.2.1. El daño no patrimonial. V.2.2. Equiparación daño resarcible-daño real. V.3. Las reglas de no responsabilidad del sistema español. V.3.1. Subestimación sistemática de los daños. V.3.2. El principio del perjuicio efectivo. V.3.3. Las nociones causales. VI. La regla de responsabilidad por culpa. VI.1. Culpa y nivel óptimo de cuidado. VI.2. La determinación de la culpa. VI.3. La presunción de la culpa. VI.4. La compensación de culpas. VI.4.1. Resultado óptimo. VI.4.2. Los casos. VI.4.3. La distribución de los daños. VI.5. El pretendido fin de la culpa: el agotamiento de la diligencia. VI.5.1. La apariencia. VI.5.2. Las realidades. VII. La responsabilidad objetiva. VII.1. Responsabilidad objetiva y niveles de cuidado y de actividad. VII.2. Ambitos de responsabilidad objetiva. VII.3. Correctivos a la regla. Una noción de «culpa exclusiva». VII.4. Responsabilidad objetiva y seguro. VIII. La responsabilidad civil y otros medios alternativos de control del riesgo.

## I. INTRODUCCION

Viven hoy los sistemas de responsabilidad civil la tendencia —iniciada hace ya algunos años— a cuestionar su propio papel y viabilidad. Que se examine con detalle un sistema de administración del daño tan complejo y costoso como es la responsabilidad civil, y se confronte con distintas alternativas (seguros obligatorios, seguros sociales, sanciones penales, fondos de compensación públicos) no puede sorprender hoy a nadie. Mucho menos cuando precisamente se reclama a los sistemas de regulación y administración del daño, aptitud para satisfacer las más variadas exigencias y funciones: desde la más extensa compensación de las víctimas, hasta su satisfacción psicológica a través del principio de retribución; desde la prevención de los accidentes, hasta la reducción de los costes administrativos de la compensación; desde la colectivización de las pérdidas y el fraccionamiento de los riesgos, hasta la función educadora y ejemplificante; desde la sanción de conductas juzgadas desfavorablemente por la sociedad, hasta la presión sobre las grandes empresas para que eleven sus niveles de seguridad; desde la labor como «Ombudsman», hasta la internalización de los costes sociales por parte de los causantes de éstos (1).

Tal vez demasiado. Por ello, las opiniones sobre el futuro de los sistemas de responsabilidad civil son tan dispares: hay quien considera que las reglas de responsabilidad son el sistema de regulación de los contactos sociales más acorde con la ideología social de nuestro tiempo; (2) por contra, hay quien asegura su progresiva sustitución por sistemas de aseguramiento colectivo (3).

Todos aquellos objetivos pueden aparecer, en mayor o menor grado, como deseables. Nosotros no podemos aquí examinarlos o diseñar los medios para alcanzarlos. En este trabajo pretendemos, más simplemente, exponer las consecuencias sociales que producen las reglas de responsabilidad civil efectivamente utilizadas por el sistema jurídico español, dentro del marco conceptual y usando los instrumentos del análisis económico de los accidentes, esto es, mediante la construcción de un modelo sobre unos supuestos estrictos, que nos permita predecir cuales serán

---

(1) Desde diversos puntos de vista, vid. STOLJAR «Accidents, Costs and Legal Responsibility» en 36 *The Modern Law Review,* 1973, p. 234: ALPA y BESSONE, *Atipicita dell 'illecito I: i profili dottrinali,* 2.ª ed., Milano, 1981, p. 3; CANE, «Justice and Justifications for Tork Liability» en *Oxford Journal of Legal Studies,* 1982, p. 30; CALABRESI, *El coste de los accidentes,* trad. española, Barcelona, 1984, p. 42; FLEMING, *The Law of Torts,* 6.ª ed., Sydney, 1983, p. 6; ID. «C'è un futuro per i torts?», en *Riv. Crit. Dir. Priv.,* 1984, p. 75. En particular, las extensas condideraciones sobre la multiplicidad de funciones de LINDEN, *Canadian Tort Law,* Toronto, 1983, p. 1; ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law,* 2.ª ed., London, 1978, p. 486; TUNC, *La responsabilitè civile,* París, 1981, p. 153.

(2) CALABRESI: «La responsabilità civile como diritto della società mista» en *Pol. Dir.,* 1983, p. 672.

(3) FLEMING: «*C'è un futuro...*», *cit.,* p. 295.

los efectos de la aplicación de las diversas reglas de responsabilidad, sobre el comportamiento futuro de los sujetos.

## II. OBJETO: ¿QUE REGLAS EXAMINAR?

II.1. Vamos a hablar de reglas de responsabilidad civil en el sentido de criterios de decisión autoritaria (por parte del sistema jurídico) acerca de quién asumirá y en qué medida asumirá, los costes de los daños que se produzcan en el curso de la vida social:

Cuando un sujeto sufre un daño y, según normales conexiones de experiencia y sentido común, puede decirse que ha sido producido por otro sujeto, el sistema jurídico tiene entre sus funciones la de decidir si el daño se deja allí donde ocurrió, esto es, quien lo sufrió habrá de ser quien asume en definitiva su coste. Esta decisión la toma el sistema jurídico por medio de las reglas de responsabilidad, que establecen en qué circunstancias, con qué condiciones y con qué alcance se efectúa esta transferencia entre los dos sujetos. Esta se instrumenta en el plano técnico-jurídico a través de la imposición al autor del daño de la obligación de repararlo, total o parcialmente.

II.2. Dentro de este ámbito, no obstante, nos ocuparemos sólo de las reglas de responsabilidad sobre accidentes extracontractuales. Esto supone la exclusión del objeto de nuestra atención, de las reglas de responsabilidad contractual. Y ello no porque no encajen en el sentido que al término reglas de responsabilidad hemos atribuido. Muy al contrario, estamos firmemente convencidos de la unidad del sentido económico de las reglas de responsabilidad, tanto contractuales como extracontractuales. Sin embargo, por razones históricas, en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos —y el español no es una excepción— el ámbito del contrato y del ilícito suelen considerarse separadamente. Además, esto nos ha permitido acotar el ya de por sí amplio material jurisprudencial utilizable. En todo caso, no está de más subrayar que, en buena parte, lo que se exponga es trasladable «tout court» al ámbito de la responsabilidad contractual (4).

II.3. En segundo término, determina asimismo que tampoco nos

(4) Buena prueba de ello es la existencia de ámbitos de daños en que operan responsabilidad contractual y extracontractual. Este es el caso de los accidentes médico-sanitarios, que el Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones por la vía contractual (entre las más recientes, las sentencias de 26 de mayo de 1986 y 13 de julio de 1987) y en ocasiones por la extracontractual (sentencias de 1 y 16 de diciembre de 1987). *Vid.* en general, SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil médica de los médicos en el Derecho español» en *R.D.P.* (1984), p. 668: FERNANDEZ COSTALES *Responsabilidad civil médica y hospitalaria,* Madrid, 1987, p. 41 y ss., para la discusión de la naturaleza de la responsabilidad médica. Esta doble perspectiva, no es exclusiva del derecho español. En Gran Bretaña, por ejemplo, se entiende que los profesionales de la medicina están sujetos a un deber contractual en algunos casos, y a un deber extracontractual en todo caso: JACKSON y POWELL *Professional Negligence,* 2.ª ed., London, 1987, p. 287 y ss. con abundante material jurisprudencial.

ocuparemos de los daños intencionales. Que, sea un daño intencional no es algo inmediatamente aprehensible, dada la ambigüedad de sentido del término «intencional». No trataremos, obviamente, de analizarlo, sólo de caracterizar una cierta esfera de supuestos.

Los daños intencionales pueden ser equiparados, a nuestros efectos, a los daños producidos con dolo (5). El dolo se considera ordinariamente uno de los criterios subjetivos de imputabilidad de la obligación de resarcir, junto a la culpa o negligencia (6). Sin embargo, su tratamiento, de ordinario, —no hay más que ver los manuales al uso en la materia—, una vez señaladas sus peculiaridades, no aporta nada a la consideración de la responsabilidad por culpa. Además, los supuestos reales de daños intencionales o dolosos son mucho menos numerosos que los de daños accidentales (7), o cuando menos, se presentan en mucho menor grado ante los Tribunales civiles. Así pues, dado que ni siquiera en la aproximación jurídica común representan un factor de importancia, podemos decidirnos a excluirlos de nuestra consideración. Y ello apoyado en el hecho de que los daños intencionales pueden conceptuarse, en términos generales: a) bien como destrucciones ineficientes de riqueza: A, prende fuego a la vivienda de su vecino, B, simplemente porque le odia; b) o bien como intercambios coactivos en un marco de *costes de transacción* (8) razonablemente bajos, al contrario que los daños accidentales, en los cuales estos costes de transacción entre los sujetos intervinientes son altos: así, si A desea una sofisticada máquina de propiedad de su vecino B, y se la sustrae, está evitando el método más *eficiente* (9) de asignación de recursos, que es el mercado, cuando los costes de ésta no son, en principio, demasiado altos (de entrada, está ya identificado el sujeto con quien contratar); por contra, el propietario de un animal doméstico no puede identificar a todas las potenciales víctimas de la actividad incontrolada de éste, por lo que es impensable en principio una solución transaccional. Por tanto, los actos intencionales son, en general, acciones ineficientes que suelen ser desincentivadas con la imposición de responsabilidad, como uno de los instrumentos posibles (10).

(5) La Sentencia de 25 de abril de 1967 dice que daños realizados con dolo son los daños realizados con intención, de forma voluntaria.

(6) La culpa y el dolo son los criterios de imputación sobre la base de los cuales el sistema jurídico atribuye un daño a un sujeto, cuando su comportamiento se ha calificado en términos de falta de diligencia o de tendencia de la conciencia hacia el daño. Vid. sobre ello CARBONE *Il fatto dannoso nella responsabilitè civile,* Napoli, 1969, p. 136.

(7) DE ANGEL: *La responsabilidad civil,* Bilbao, 1988, p. 104.

(8) Son los costes de identificar, negociar y hacer efectivo un intercambio contractual entre sujetos.

(9) La noción de eficiencia indica que no existe otra situación posible «mejor», entendiendo por ello una situación en que nadie pierda. Esta noción de eficiencia habitualmente denominada paretiana (por Wilfredo PARETO) es muy útil en los marcos contractuales. En muchas situaciones, sin embargo, puede que lo que ganen unos en la nueva situación sea más que lo que ganen unos en la nueva situación sea más que lo que pierden los que empeoran, denominándose a esta situación «eficiente en el sentido amplio» o de KALDOR–HICKS (por los autores del mismo nombre).

(10) Vid. en la literatura, en este sentido, LANDES y POSNER «An Economic Theory

Por último, conviene aclarar en este apartado preliminar, que cuando hablamos de reglas de responsabilidad efectivas en el sistema español hacemos referencia a las aplicadas por los Tribunales españoles, en particular el Tribunal Supremo. Por regla general, las sentencias utilizadas en el estudio son de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, aunque haya alguna de la Sala 2.ª o de otros órganos jurisdiccionales (11). Hoy en día, el Derecho privado como tal, es en buena parte derecho de los jueces, (12) y si hay alguna materia en la que este dato sea incontestable, es precisamente en la responsabilidad extracontractual.

## III. PUNTOS DE PARTIDA

III.1. Hemos expuesto ya anteriormente como propósito de este trabajo examinar los efectos de las reglas de responsabilidad civil sobre las conductas de los sujetos sometidos al sistema jurídico. Ello supone admitir que los sujetos responden a los incentivos que establecen las reglas jurídicas y que responden porque son *racionales*, esto es, maximizadores de alguna forma de valor (e.g., la utilidad), en un mundo en que se ven sometidos a ciertas restricciones (13).

En cuanto a la disposición de los sujetos para responder a los incentivos, es preciso aclarar que no precisa ser total. No es necesario que todos los sujetos respondan a los incentivos que derivan de las reglas jurídicas; basta con que la mayoría lo haga de forma sustancial. Si no se da ese grado de respuesta, habría que renunciar a regular conductas por medio del sistema jurídico. En efecto, tratar de establecer reglas de control de los comportamientos, cuando los sujetos no responden a ninguna clase de estímulo predecible, en una empesa perfectamente inútil (14).

III.2. En el ámbito de los accidentes, este presupuesto implica cierta revalorización de la función preventiva de la responsabilidad civil. Precisamente en momentos en que el logro de esta función por parte del sistema de la responsabilidad civil ha sido puesto en tela de juicio, cuan-

---

of Intentional Torts», en 1 *Intl. Rev. Law and Econ.*, 1981, p. 127; POSNER Economic Analysis of Law, 3.ª ed., Boston, 1986, p. 192; EPSTEIN «Intentional Harms» en 4 *J. Legal Stud.*, 1975.

(11) Dado que tratamos de exponer las reglas efectivas hoy, sólo se utilizarán las sentencias más recientes (posteriores a 1980), salvo que sentencias más antiguas presenten una especial relevancia.

(12) SALVADOR CODERCH: En *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987, p. 37.

(13) Sobre críticas a este enfoque, véase: HOLLIS y NELL, *Rational Economic Man: A Philosophical Critic of Neoclassical Economics*, 1975, p. 28; LEFF, «Economic Analys of Law: some Realism about Nominalism» en *Va. L. Rev.*, 1975, p. 451.

(14) VELJANOVSKI: «Economic Theorising about Tort», en *Current Legal Problems*, 1985, p. 130.

do por algunos se considera que aquella función quizá no fuera siquiera deseable como objetivo (15).

Sin embargo, es preciso señalar, por una parte, que la afirmación de que la prevención es y debería ser una de las funciones de los sistemas de responsabilidad civil, no es incompatible con el reconocimiento de un grado mayor o menor de fracaso de los mismos en su consecución (16). Y, por otra, los estudios empíricos realizados parecen mostrar la existencia real de esa función preventiva (17).

### III.3. *Los objetivos*

III.3.1. Para permitirnos enjuiciar, una vez examinados los efectos de las diversas reglas de responsabilidad, el valor relativo de unas sobre otras, es necesario, además, la fijación de un criterio (una función) de bienestar social.

Este criterio va a ser el de la minimización de los costes relacionados con los accidentes, comprendiendo en este término 1) los costes esperados de los daños derivados de los accidentes, 2) los costes de prevención de éstos, 3) los costes de administración del sistema de responsabilidad civil y 4) los costes de soportar el riesgo cuando las personas tengan aversión a él (18).

III.3.2. Este criterio —u objetivo, como prefiera llamársele— contrasta fuertemente con los que ordinariamente suelen asignarse a los sistemas de responsabilidad civil. En primer término, no aparece ninguno de los componentes éticos que han acompañado al surgimiento de nuestras reglas de responsabilidad civil; como el del actuar libre y responsable del ser humano, como ser esencialmente libre y moral que tiene como uno de los límites el de no dañar la libertad y propiedad de los otros; porque el que daña a otro lo está tratando como medio y no como fin, y si transgrede este límite debe sufrir las consecuencias (19). Otro impe-

(15) FLEMING: «C'è un futuro...» *cit.*, p. 276; ID *The Law of Torts, cit.*, p. 7; ATIYAH *Accidents...*, cit., p. 502. En España, por ejemplo, SALVADOR CODERCH, en «Comentario a la sentencia de 26 de julio de 1985», en *C.C.J.C.* (1985), p. 2908, nos habla del carácter secundario y muy eventual de la eficacia preventiva. Véase también la sección VIII «infra».

(16) Como dice WILLIAMS, «The Aims of the Law of Tort», en *Current Legal Problems*, 1951, no es lo mismo decir que el objetivo de la responsabilidad civil es la prevención, que decir que aquélla efectivamente previene siempre.

(17) Véase SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law,* Cambridge (Mass), 1987, cap. 11.

(18) *Vid.* CALABRESI «Optimal Deterrence and Accidents» en 84 *Yale Law Journal,* 1975, p. 656; SHAVELL *Economic Analysis of...*, p. 7.

(19) Dice KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* trad. esp. 8.ª ed., Madrid, 1983, p. 85; «Clarísimamente salta a la vista la contradicción cuando se eligen ejemplos de ataque a la libertad y propiedad de los demás. Pues se va al punto que el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como un simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres que son, deben ser estimados siempre al mismo tiempo como fines». Sobre la derivacion de las cláusulas ge-

rativo ético o de justicia —o por lo menos, concorde con un sentimiento de lo justo ampliamente difundido en la sociedad— es el de que las víctimas, cuando menos las víctimas inocentes, reciban una compensación por el daño sufrido (20). Pero el criterio expuesto no hace referencia a ninguno de los dos componentes éticos que acabamos de mencionar, ni a otros criterios de justicia imaginables en la distribución del coste de los accidentes.

Sin embargo, el criterio anterior no pretende ser exclusivo. En realidad no es más que una aplicación, en el campo del derecho de accidentes, del criterio de la maximización del bienestar social como función (no única) de las decisiones jurídicas. Ahora bien, este patrón de la maximización del bienestar no tiene pretensiones monopolísticas, no trata de erigirse en el valor social por encima de todo otro. Dicha maximización es un valor social en el sentido de constituir el sustrato material de otros valores de muy variado carácter. Es decir, el criterio propuesto es un criterio «instrumental» en el sentido de Dworkin (21), y no implica rechazar otros objetivos de justicia y de igualdad en particular, respecto a los cuales el bienestar es sustrato importante.

Por otro lado, como dice Calabresi, aunque sin estos valores ulteriores tal vez no tengan pleno sentido los valores del análisis económico del Derecho, parece que el evitar el desperdicio y derroche de recursos, es parte de un sentido muy extendido de lo que es justicia (22).

III.3.3. Los dos criterios éticos a los que a más arriba hemos hecho referencia poseen algunas implicaciones importantes en el plano de los fines operativos. Por una parte, el criterio del *«alterum non laedere»* parece comportar como fin inmediato la reducción de los daños a los otros, derivados de las conductas moralmente libres de los sujetos, esto es, la reducción del coste de los accidentes con independencia del costo de prevenirlos y evitarlos (23). Pero este objetivo lleva consigo un desperdicio de recursos evidente, porque si tratamos de evitar los accidentes a toda

---

nerales de responsabilidad de los Códigos decimonónicos, como el «Code civil» francés y el Código italiano de 1865, en los que se inspira el código español, en ésta como en tantas otras materias, del iusnaturalismo iluminista, *vid.*, TUCCI responsabilidad civil y daño injustos, en LIPARI (dir.) *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza,* trad. esp. Bolonia, 1980, p. 427.

(20) Dado que la sensación agradable que produce el daño se ve contrarrestada por la sensación agradable que produce tanto el castigo al ofensor como el montante del resarcimiento, como lo expresa algún ilustre autor: WINDSCHEID *Diritto delle pandette, trad. it.*, Torino, 1904, p. 363.

(21) DWORKIN, *A Matter of Principle,* Oxford, 1986, p. 240. (Publicado originalmente en 9 *J. Legal Stud.*, 1980, p. 191 con el título «Is Wealth a Value».

(22) CALABRESI «First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them en 69 *Iowa L. Rev.*, 1984, p. 834.

(23) Con frecuencia, el Tribunal Supremo indica que los sujetos deben adoptar *todas las medidas,* esto es, aparentemente incurrir en cualquier coste para evitar el daño: sentencias de 12 de diciembre de 1984, 21 de junio de 1985, 2 de abril de 1986, 26 de mayo del 86 y 17 de diciembre de 1986.

costa —a todo coste— estamos empleando unos recursos que podríamos estar dedicando a la prevención de un coste mayor.

Por otro lado, el criterio de la compensación, bien en sentido débil —sólo a las víctimas inocentes— bien en sentido fuerte, —a todas las víctimas—, constituye sin duda una aspiración que cuenta con gran número de sostenedores (24). Por ello parece indudable que la compensación debe ser un objetivo social a tener en cuenta, aunque no de forma exclusiva (25).

## IV. LAS PROPOSICIONES FUNDAMENTALES

IV.1. Expondremos primero muy brevemente el aparato teórico y conceptual que nos va a permitir comprobar los efectos sociales de las reglas de responsabilidad (26); primero, cuando las partes son neutrales hacia el riesgo.

Se dice que una persona es neutral hacia el riesgo porque es indiferente ante las situacione siguientes, dado que lo único que le importa es el valor esperado de los sucesos y ese valor es igual en todos los casos. Una persona con aversión al riesgo preferirá la situación A a la B y ésta a la C. Una persona con preferencia por el riesgo preferirá C a B, y B a A:

| | **Pérdida** (millones) | **Probabilidad** (%) | **Valor esperado** (millones) |
|---|---|---|---|
| A | 1 | 100 | 1 |
| B | 10 | 10 | 1 |
| C | 100 | 1 | 1 |

Que las gentes tienen aversión al riesgo es algo frecuentemente observable cuando los riesgos que enfrentan son grandes en relación a sus activos. La preferencia por el riesgo, sin embargo, suele presentarse más cuando los riesgos son pequeños en relación al patrimonio de los sujetos.

Llamaremos *víctima* al sujeto que sufre los daños y *causante* al sujeto que los origina. Suponemos, para empezar, que son neutrales al riesgo y que el *coste esperado* de los accidentes, (su probabilidad multiplicada por la magnitud de los daños), se ve influido por el comportamiento de las partes; en principio, sólo por sus medidas de precaución y, en aque-

(24) TUNC, *La responsabilité civile, cit.* p. 142; ATIYAH, *Accidents..., cit.*, p. 480; RODOTA, *Il Problema della responsabilità civile,* Milano, 1967, p. 16.

(25) Sin embargo, volveremos sobre ello al final del trabajo, al discutir brevemente los sistemas alternativos para enfrentarse a los accidentes.

(26) Para ello seguimos el modelo convenional en la literatura económica sobre la materia, contenido (con pequeñas variaciones), en: BROWN, «Toward an Economic Theory of Liabilitu», en 2 *J. Legal Stud., 1973,* p. 323; GRADY, «A New Positive Economic Theory of Negligence», en 92 *Yale Law Journal,* 1983, p. 799; SHAVELL, *Economic Analysis..., cit.*, p. 5 y 33.

llos casos en que expresamente se indique, también por el volumen de sus actividad. Se supone además que precauciones superiores producen una disminución del coste esperado de los accidentes, aunque de forma decreciente, es decir, que las ulteriores precauciones reducen ese coste pero lo hacen cada vez en menor cantidad (27).

Supondremos también que las partes conocen a) la magnitud de los daños en caso de producción de accidente, b) sus costes de precaución, c) los niveles reales de medidas de precaución; por tanto, pueden determinar el nivel óptimo de precaución. Se asume, en fin, que los *Tribunales* conocen los mismos datos y pueden realizar las mismas determinaciones que las partes.

Distinguiremos dos tipos de accidentes: a) *accidentes unilaterales,* aquellos en los que sólo el comportamiento del causante influye en la producción del accidente: b) *accidentes bilaterales,* en los que el comportamiento tanto del causante como de la víctima influye en el accidente. En éstos últimos supondremos que el causante adopta un nivel de precaución, dado un nivel de cuidado de la víctima, y viceversa; además, que el nivel de cuidado óptimo es positivo para ambos, esto es, ambos deben adoptar alguna medida de precaución.

El punto central es ahora determinar el nivel óptimo de cuidado de un sujeto, aquél que el sistema jurídico debería inducir. Su formulación general es sencilla. La precaución debe ser tal que haga mínimos los costes sociales (totales) esperados de los accidentes. En el caso que contemplamos ahora, *se trata de hacer mínima la suma del daño esperado (daño multiplicado por la probabilidad de que se produzca) y el coste de adoptar la precaución.* Así se hace máximo el beneficio social.

Tomemos el ejemplo de un conductor, distribuidor comercial, cuyos ingresos dependen del número de visitas a los clientes a quienes va a visitar a los distintos puntos de la geografía hispana. Cuanto más deprisa conduzca por término medio (por día), más pueblos y clientes podrá visitar y más ingresos podrá obtener.

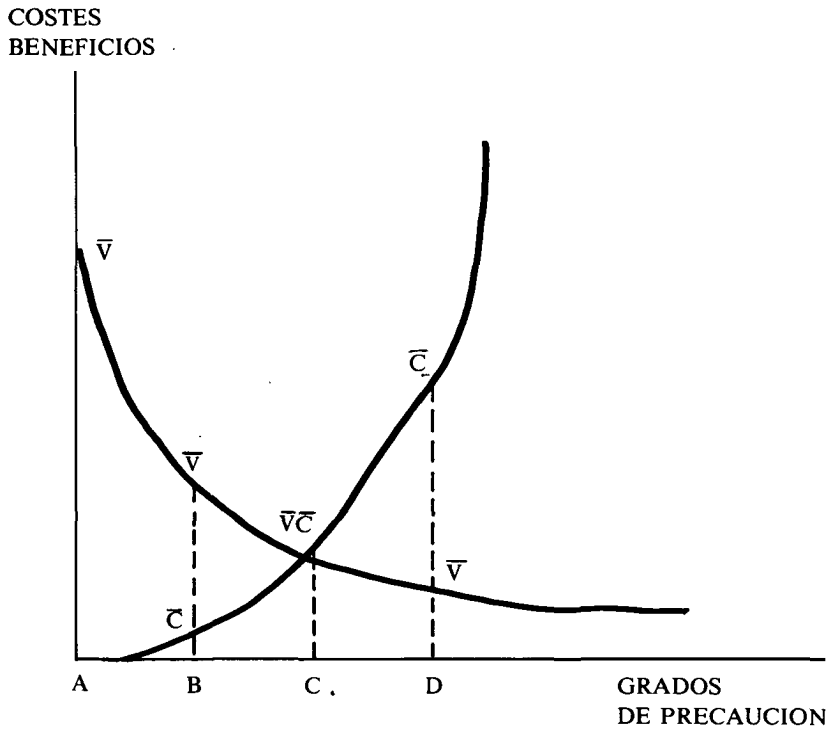
Sean las alternativas que se contienen en el cuadro siguiente. Es claro que la conducta socialmente (que tiene en cuenta a las dos partes, causante y víctima) óptima es la II, porque es la que hace máximo el beneficio social neto de costes; y ello a pesar de que en la alternativa III no había ningún daño a las víctimas.

| ALTERNATIVAS (velocidad media) | Beneficios esperados | Daños esperados | Beneficios menos daños |
|---|---|---|---|
| I. media 190 Km/h. | 100 | 120 | —20 |
| II. media 90 Km/h. | 80 | 60 | 20 |
| III. media 40 Km/h. | 5 | 0 | 5 |

(27) En términos técnicos, que la reducción marginal del coste esperado a los distintos niveles de precaución, tiene pendiente negativa.

La figura siguiente describe la situación en términos más generales, cuando se trata de analizar el resultado de dosis minúsculas de precaución adicional (funciones continuas).

## LA DETERMINACION DEL GRADO DE PRECAUCION OPTIMA EN LOS ACCIDENTES




$\overline{V}\overline{V}$ = Minorización de daños sufridos por la víctima
$\overline{c}\overline{c}$ = Costes, para el causante, de adoptar mayor precaución

En la figura, la función C representa el coste para *causante* de adoptar grados de precaución adicional (28). Análogamente, la función V indica la minimización del daño esperado de la *víctima* correspondiente a esos grados de precaución adicionales.

La opción A representa un grado de precaución subóptimo porque si se adoptara la precaución correspondiente a B el coste para el causan-

(28) Coste marginal: lo cual incluye, en su caso, los ingresos dejados de percibir: costes de oportunidad.

te, (CB) sería menor que la ganancia de la víctima (VB). Por las mismas razones, B es subóptima respecto a C. ¿Tiene sentido D? No, porque en ella, aunque los costes de la víctima son muy bajos, las del causante son mayores.

Una observación: todo sistema de compensación a las víctimas de los accidentes comporta unos costes, más o menos altos, incluso aquellos de «casi perfecta» compensación a través de fondos públicos o semipúblicos (29). Por ello, no existe ningún sistema que compense todo daño. en cualquier circunstancia y en cuantía indeterminada «ex ante». Todo sistema realiza algún tipo de selección. Vamos a considerar en los próximos apartados cuál es la selección de los daños accidentales resarcibles que realiza el sistema de la responsabilidad civil español. Pero antes resumiremos aquí las proposiciones más importantes del análisis económico del derecho de accidentes cuando las partes son *neutrales al riesgo* y cuando se trata de minimizar «solo» los *daños esperados para la víctima* y los costes de adoptar *precaución* y ejercer un cierto *nivel de actividad* por parte de *causante y víctima* (30).

1.1. Accidentes unilaterales, donde los costes esperados del accidente dependen exclusivamente de la *precaución del causante* (cuya conducta es lo único controlable):

Tanto el sistema de responsabilidad objetiva como el de responsabilidad por culpa son eficientes siempre que, en el primero, el tribunal o la norma pueda o permita, respectivamente, conocer los daños reales sufridos por la víctima (31), y que, en el segundo, el tribunal o la norma permitan conocer cuál es el standard o «quantum» de diligencia eficiente (32).

1.2. Accidentes bilaterales, donde el coste esparado del accidente depende de la *precaución del causante y de la víctima:*

La regla de responsabilidad objetiva, con el complemento de la compensación de culpas, es eficiente. La regla de la culpa, con o sin compensación de culpas, es también eficiente.

1.3. Accidentes unilaterales en los que los costes del accidente dependen de la *precaución y del nivel de actividad del causante:* La regla de responsabilidad objetiva induce resultados eficientes. La regla de

(29) El más destacado de estos sistemas es el de Nueva Zelanda. *Vid.*, sobre él ALPA y BESSONE *I fatti illeciti* en Tratado Rescigno, Milano, 1985, p. 390. Sobre los costes administrativos de los sistemas de compensación, FLEMING «C'è un futuro...», cit., y véase más adelante en esta sección.

(30) En ellos se puede controlar la precaución o el nivel de actividad del causante como de la víctima. Véase, en general, POLINSKI *Introducción...* Insistimos en advertir que supenemos por ahora inexistentes los costes de «soportar el riesgo» y de administrar el sistema.

(31) La literatura angloamericana, dominante en estas materias, suele referirse al tribunal solamente, como corresponde a sistemas donde estas materias son «common law». Nada hay que implida su generalización a lo supuestos en que la norma permita determinar el valor de los daños efectivamente causados, sin subestimación ni sobreestimación de los mismos.

(32) Que minimiza los costes sociales.

la responsabilidad por culpa, para ser eficiente, precisa que el standard de diligencia abarque tanto la precaución como el nivel de actividad (33).

1.4. Accidentes bilaterales en los que el coste del accidente depende, de la *precaución y nivel de actividad de la víctima:*

El sistema de responsabilidad objetiva, corregida con el criterio de compensación de culpas, es eficiente si el standard de diligencia de la víctima incluye tanto su precaución como su nivel de actividad. El sistema basado en la regla de responsabilidad por culpa será eficiente si, como se dijo antes, el standard de diligencia del causante incluye tanto la precaución como el nivel de actividad. Si, como es el caso frecuente, la determinación del nivel de actividad eficiente de una u otra parte fuese difícil, la regla preferible sería la responsabilidad objetiva con compensación de culpas si el nivel de actividad más importante fuese el del causante; y si ese nivel fuese el de la víctima, la responsabilidad por culpa (34).

## IV.2. *Responsabilidad, riesgo seguro*

Veamos ahora el caso de los accidentes en los que los costes a minimizar consisten, *además de los antes citados,* (35) en los *costes de soportar el riesgo* cuando las partes tengan aversión al riesgo.

Mientras las partes sean neutrales hacia el riesgo —como hasta ahora— lo único importante es el valor esperado del suceso incierto, esto es, el producto de su valor por la probabilidad de que se produzca. Pero sucede que, como se dijo antes, muchas personas no son neutrales al riesgo —sobre todo cuando el riesgo es de elevada cuantía en relación a los activos de que disponen— y prefieren evitarlo.

Una de las formas de protegerse frente a situaciones de riesgo para esas personas que tienen aversión a él es el seguro (36). A pesar de la

---

(33) Lo que no suele ocurrir en la práctica, y que hace que la responsabilidad objetiva sea superior en muchas ocasiones.

(34) Ambas soluciones son «insuficientes» pero una lo es más que otra en cada caso.

(35) Recuérdese, costes esperados del accidente y costes de adoptar la precaución.

(36) Imaginemos un recién nacido licenciado en derecho a quien se ofrece como ingreso en el despacho conde comienza a trabajar lo que gane de la defensa de los asuntos que lleve (y gane). Supongamos que la situación es tal que su probabilidad de ganar un mes cualquiera un asunto, por el que cobraría una minuta de 200.000 pesetas, es del 50 %, esto es, que el valor esperado de este suceso es de 100.000 pesetas. Si gana, cobra 200.000 pesetas pero si pierde no cobra nada.

Si nuestro recién licenciado tuviese aversión al riesgo es probable que estuviera dispuesto a aceptar 90.000 pesetas seguras a cambio de evitar el riesgo de no obtener nada si perdiese el asunto. Pero si existiese un «asegurador de minutas» (e.g.un despacho colectivo grande), éste podría ofrecer un ingreso fijo de, por ejemplo, 95.000 pesetas a nuestro abogado por el resultado de su trabajo; con ello ambos ganarían; el asegurador obtendría en promedio 5.000 pesetas porque estando dispuesto a aceptar 90.000 para evitar el riesgo, ha percibido 95.000.

Una cualificación necesaria a lo anterior es que, para que el razonamiento sea válido, los sucesos asegurados (ganar o perder el asunto) deben ser independientes estadísticamente y el valor de lo asegurado ser pequeño comparado con el patrimonio del asegurador;

gran resistencia social que su incorporación suscitó en mucho países (37), la provisión de seguro es «buena» socialmente. Una explicación intuitiva de esa bondad consiste en apreciar que, si la provisión del seguro es indiferente para la víctima, que ve asegurada la compensación del daño sufrido, pero puede benefiar al causante, socialmente (38) sería óptima su adopción.

Aunque el seguro es una forma generalizada de protección frente a riesgos cuando la gente tiene aversión a él, con frecuencia los mercados de seguros no existen, no son accesibles, o son imperfectos en su funcionamiento. Que no existen puede deberse, entre otras razones, al hecho de que el costo del producto sea tan alto que disuada a los potenciales asegurados. Las imperfecciones, por su parte, suelen deberse a la presencia de fenómenos de «*descuido*» y de «selección adversa» (39), de no fácil solución (40).

Si las partes tienen aversión al riesgo, la asignación que las distintas reglas de responsabilidad hagan de ese riesgo a soportar (41) al que se tiene aversión es importante porque soportar el riesgo es un coste más

---

en otras palabras, la participación en el soporte del riesgo de cada asegurador sea pequeña, porque, de lo contrario, podríamos encontrarnos con situaciones de aversión al riesgo nuevo. Véase POLINSKY *Introducción...*, para una explicación más extensa.

(37) En la Unión Soviética existe todavía dicha prohibición en muchos casos. Originariamente existió también una enorme resistencia en el Reino Unido a la implantación de los seguros sobre barcos por entender que con ellos se creaba un posible incentivo a los accidentes marítimos. Por ejemplo, no es infrecuente el caso de pacientes irritados por la indiferencia económica de la responsabilidad derivada de negligencia profesional en casos cuyo resultado haya sido la muerte de un paciente.

(38) Resultado de la suma de uno y otro.

(39) El «descuido» también llamado «moral hazard», se refiere a situaciones en que la existencia del seguro puede aumentar la probabilidad o magnitud del daño derivado del accidente al no estimular la diligencia del asegurado cuando con ella podría haberse reducido el valor esperado de aquel daño. Con frecuencia no puede controlarse la conducta de una persona de forma que extreme el cuidado a su alcance, y sin embargo, tal conducta podría haber reducido el valor esperado de un suceso desagradable, bien reduciendo la probabilidad de su producción, bien el valor del daño. Este tipo de problemas está presente a menudo en las relaciones mandante-mandatario o de principal-agente. En los casos de «selección adversa» sólo los malos riesgos encontrarían seguro; véase AKERLOF A. «The Market Mechanism» *Quaterly J. of Econ.* 84, 488-500, 1970.

(40) Las formas más frecuentes de enfrentarse a situaciones de «descuido» consisten en el establecimiento de primas de seguro viables según el cuidado del asegurado, la franquicia o el coaseguro. Una forma de ajustar las primas a la diligencia prestada por el asegurado es la de establecer bonificaciones a las primas cuando no se producen accidentes. La franquicia de una cierta cantidad de daños es muy frecuente en los seguros «multihogar» (unas 10.000 pesetas en 1986 y en los seguros médicos privados de muchos países occidentales (por ejemplo, en Estados Unidos, muchas de las asistencias médicas que comportaran gastos de unas 15.000 pesetas en 1986 quedaban sin cubrir). En el coaseguro el asegurador queda sin asegurar un porcentaje del daño, por ejemplo cuando el asegurador abonó sólo el 80 % del daño sufrido por el asegurado. En todos los supuestos anteriores subsiste todavía una parte de los riesgos sin cubrir.

(41) Esto es, saber ¿quién soporta finalmente el riesgo y cómo asigna el derecho el riesgo a una u otra parte. En todos estos casos se está entendiendo la, a veces equívoca, expresión «riesgo» referida a una situación indeseada asociada a la existencia de incertidumbre, sea aquella negativa —e.g., perder bienes al ser robados, tener que pagar por daños inflingidos a otros— o positiva —e.g., ganar una cosa, obtener un resultado favorable.

a tener en cuenta. De forma que *si los efectos de las distintas reglas de responsabilidad fueran los mismos en cuanto a los daños esperados de los accidentes, a los costes de precaución, y a los costes administrativos, pero una de dichas reglas fuese superior porque asignase el riesgo a la parte con menor aversión al riesgo,* esta regla sería la óptima o eficiente socialmente y no las demás.

Nos preguntaremos, pues, cómo funcionan las reglas de responsabilidad civil en este nuevo escenario, qué incentivos crean cuando las partes —una o ambas— tienen aversión al riesgo, dependiendo de si el seguro es inexistente o inaccesible, perfecto o imperfecto.

De forma resumida, los resultado que proporciona la teoría sobre la bondad relativa de las distintas reglas de responsabilidad ante situaciones en que la aversión al riesgo es importante son los siguientes (42).

a) Cuando el seguro es inaccesible:

Si la víctima tiene aversión al riesgo y el causante es neutral, el sistema de responsabilidad objetiva es preferible; y al contrario si es el causante, y no la víctima, quien tiene aversión al riesgo. La atenuación de la responsabilidad del causante es una solución subóptima (43).

b) Si el seguro es perfecto y asequible a ambas partes:

Cualquiera de los dos sistemas es eficiente.

c) Si el seguro es imperfecto o inasequible al ofensor y la víctima tiene acceso a un seguro perfecto:

El sistema eficiente es el de responsabilidad por culpa, pero no el de responsabilidad objetiva.

### IV.3. *El problema de los costes administrativos*

Veamos ahora el caso de los accidentes en que los costes a minimizar consisten, *además de los ya mencionados, en los costes administrativos ocasionados por la resolución de las disputas (litigios) que generan los distintos sistemas de responsabilidad.*

Los *costes administrativos* se refieren a costes tales como pagos a abogados, valor del tiempo empleado en litigar o a costes de sostener el sistema de resolución de disputas (judicial o de otro tipo). Su valor total es función del número de casos y del coste de resolución de cada uno, y su cuantía suele ser elevada a pesar de que una alta proporción de los conflictos se concilien antes de juicio, según datos de otros países (44).

---

(42) Véase POLINSKY *introducción...* pp. 83-89. Para simplificar, nos referimos al modelo unilateral de accidentes en que es relevante sólo la precaución del causante (no el nivel de actividad), pero el análisis es perfectamente aplicable a los modelos más complejos «mutatis mutandis».

(43) Al responder por menos del daño causado, el causante tenderá a no adoptar la precaución a su alcance.

(44) Estudios empíricos sobre su tamaño en Estados Unidos parecen indicar, además, que las víctimas vienen a percibir solamente la mitad de lo que pagan los causantes, como

Los efectos que comportan las distintas reglas de responsabilidad en cuanto a los costes administrativos que generan (45) pueden resumirse diciendo que, en general, el número de casos tenderá a ser mayor con el sistema de responsabilidad objetiva, pero el coste de cada caso tiende a ser superior en el sistema de responsabilidad por culpa. En conjunto, pues, no sabemos a priori qué sistema será mejor con carácter general.

Pero si hasta ahora nos hemos referido a los efectos de las distintas reglas en la cuantía de los costes administrativos, la presencia de costes administrativos sustanciales tiene, por su parte, sus propias implicaciones. De entrada, si los costes sociales de los accidentes son mayores por la presencia de costes administrativos, entonces el nivel óptimo de cuidado deberá entrañar mayor precaución. Por otra parte, los costes administrativos pueden afectar al uso del sistema de responsabilidad induciendo un empleo de las reglas de responsabilidad no óptimo y un número de reclamaciones que resulte excesivo o que, por el contrario, sea insuficiente respecto a las socialmente óptimas. Ello es debido a la posible disparidad entre los incentivos privado a formular pretensiones (46) y la deseabilidad social de éstas, y pueden acarrear la adopción de subsidios, impuestos o prohibiciones para evitar tal disparidad.

Una vez expuestas las formulaciones teóricas del análisis económico de los accidentes, es turno ya de aplicar el modelo a las reglas efectivas en el sistema español.

## V. LA REGLA DE NO RESPONSABILIDAD

V.1. La primera regla que realiza la selección de los daños resarcibles es la regla de *no responsabilidad: cualquiera que sea el nivel de cuidado del causante, la víctima arrostrará el coste del accidente.* La no responsabilidad puede ser parcial o total, según afecte a una parte o la totalidad del daño.

No existe una regla formulada explícitamente en estos términos en el sistema español, ni en ningún otro sistema, que sepamos. Sin embargo, los resultados de esta regla se puden conseguir en los distintos sistemas a través de diversas doctrinas y principios.

V.1.1. En primer lugar, a través de la exigencia de tipicidad en los hechos que dan lugar al resarcimiento de las víctimas. Esto es lo que ocurre con los sistemas que se llaman de *ilícito típico*, como es el sistema angloamericano, en el que históricamente vienen formándose modelos concretos de hecho ilícito («torts») en los cuales debe encajar el hecho efectivamente producido para que el causante del daño se vea obligado

---

consecuencia de estos costes administrativos. Véanse las referencias citadas en Shavell, *Economic...*, *cit.*, p. 262 nota 2.

(45) Véase POLINSKY *Introducción...*,pp. 65-66.

(46) A hacer uso del sistema de responsabilidad civil, en definitiva.

a repararlo. Si no es subsumible en alguno de los tipos acuñados, el causante no es responsable, con independencia del daño causado y su grado de precaución (47).

Algo semejante ocurre en el derecho alemán en el que sólo dan lugar a responsabilidad del causante las violaciones de determinados bienes jurídicos, como la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad y otros derechos subjetivos, pero siempre que éstos sean de carácter absoluto (48).

Sin duda el carácter típico de ambos sistemas no es total, e incluso va debilitándose. Así, el sistema angloamericano, por su carácter no estático, va creando nuevos modelos típicos de daño resarcible (49) junto al hecho destacado de la constante expansión del «tort of negligence» que amenaza con llegar a convertirse casi en cláusula general de responsabilidad (50).

En el sistema alemán, los Tribunales han atribuido un significado progresivamente amplio a los supuestos de bienes jurídicos tutelados en el párrafo 823 I BGB, en particular al «sonstiges Recht», creando verdaderos nuevos derechos absolutos como el «Recht am eingerichteten und ausgebeüten Gewerbebetrieb» (51).

Sin embargo, la tendencia a excluir la resarcibilidad en algunos supuestos atípicos estableciendo, por tanto, una verdadera regla de no responsabilidad, se mantiene. Ese es el caso, por ejemplo, de las llamadas «pérdidas económicas puras» («purely economic losses») cuyo más claro ejemplo son los «cable cases»: se destruye o deteriora un suministro de energía por un extraño, que determina la inactividad y consiguiente pérdida de beneficios de las empresas que se abastecían de aquél. (52).

---

(47) WILLIAMS: «The Foundation of Tortius Liability», en 7 *Camb. L.J.*, 1938, p. 115; SALMOND y HEUSTON *On the Law of Torts*, 18ª ed., München, 1986, p. 10.

(48) Como dice VON CAEMMERER «Wandlungen des Deliktsrechts», en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1968, p. 454, en el sistema alemán no se prevé, fuera de los supuestos concretos del par. 823 I, una general responsabilidad por culpa, pues el par. 826 exige un acto intencional o doloso. *Vid.*, también MEDICUS *Schuldrecht II. Resonderer Teil*, 3.ª ed. München, 1987, p. 332; ID. *Gesetzliche Schuldverlhältinisse*, 2.ª ed., München, 1986, p. 10.

(49) FLEMING *The Law of Torts, cit.*, p. 6; PROSSER y KEETON. *On Torts*, 5.ª ed. St. Paul, 1984, p. 4.

(50) BESSONE «Responsabilità per "negligence" e teoría dell 'illecito (del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)», en Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1974, p. 549.

(51) MEDICUS *Schuldrecht..., cit.*,p. 535; FABRICIUS «Zur Dogmatik des Sontigen Rechts gemäss par. 823 I BGE» en AcP, 1961, p. 273; MARKESINIS *The German Law of Torts*, Oxford, 1986, p. 33.

(52) Sobre el sistema angloamericano, véase, por ejemplo, Electrachrome v. Welsh Plastics, Spartan Steel v. Martin and Co., o Beck v. FMC Co. and Niagara Mohawk Power Co. En el alemaán BGHZ 29, 65; BGHZ 66, 388; todas ellas en sentido negativo a la resarcibilidad. *Vid.* sobre el problema ATIYAH «negligence and Economic Loss 83 *L.Q.R.*, 1967, p. 248: FLEMING The Law... *cit.*, p. 162: FELDTHUSEN *Economic Negligence, Toronto*, 1984, p. 25 MARKESINIS, *op. cit.*, p. 125; HAGEN «Haftung bei Störung der Energiezufuhr», en J.Z., (1979), p. 53. Por contra, en un sistema atípico como el italiano, un supuesto idéntico recibió una respuesta muy distinta: es el famoso caso «Puddu» Cass. sz. un. 24 giugno 1972 n. 2135. Sobre esta decisión *Vid.* VISINTINI «Ancora sulla lesione del créadito ad oper di terzi» en *Giur. it.*, 1973, IC. p. 1125; CAFERRA «I limiti del danno

No encontramos, sin embargo, en el sistema español una regla de no responsabilidad implícita en una construcción de ilícitos típicos como los vistos, porque tenemos un sistema abierto, de cláusula general, en el que no se rechaza «a priori» la resarcibilidad de ningún daño (53).

V.2.1. Pero existen otras construcciones jurídicas que pueden comportar una regla de no responsabilidad por ciertos daños.

Así, a través de la exclusión de un cierto tipo de daños de la esfera del daño resarcible. En los sistemas alemán e italiano se prohibe el resarcimiento por daños no patrimoniales, salvo en los casos en que expresamente se determine por al Ley (par. 253 BGB, art. 2059 Codige civile, respectivamente) (54). En el sistema español, por contra, *los daños no patrimoniales, son indemnizables,* como proclaman mútliples sentencias: 22 de abril de 1983, 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 10 de diciembre de 1986, 20 de abril de 1982 (Sala 2.ª), 23 de diciembre de 1985 (55). Se han considerado daños indemnizables los derivados de la pérdida de la compañía en el orden efectivo y educativo de padre y hermano muertos en accidente de automóvil (Sentencia de 29 de diciembre de 1986); los derivados del impacto psíquico que ha producido la pérdida de la propia vivienda (Sentencia de 25 de junio de 1984) (56) los derivados a la esposa por la pérdida de las relaciones afectivas que supone la inapetencia sexual de su marido producida por las graves lesiones que éste sufrió en un accidente laboral (Sentencia de 9 de febrero de 1988) (57).

---

risarcibile nella tutela aquiliuma del credito» en *Foro it.*, 1973, I, p. 100; FERANDO «La lesione del diritto di credito da parte di terzi», en *N.G.C.C.*, 1985, II, p. 333. El tema de los «purely economic or financial losses», ha sido objeto de una ya amplia literatura económica, centrada en las coincidencias y discordias entre «economic loss» y «social losses»: BISHOP «Economic loss: A Reply to Professor Rizzo», vi. p. 207; RIZZO «The Economic Loss Problems: a Comment on Bishop», *ivi.* p. 197; ID. «A Theory of Economic Loss in the Law of Torts», 11 *J. Legal Stud.*, 1982, p. 281; BISHOP y SUTTON «Efficiency and Justice in Torts Damages. The Shortcomings of the Pecuaniary Loss Rule», en 15 *J. Legal Stud.*, 1986, p. 374; SHAVELL *Economic Analysis..., cit.*, p. 135.

(53) En general sobre los sistemas de ilícito atípico, ALPA y BESSONE *Atipicità..., cit.*

(54) Las más importantes excepciones se prevén en los par. 847 BGB y art. 185 Codice penale, respectivamente. Es indiscutible que esta limitción ha sido contestada (en Italia, incluso se planteó la constitucionalidad del artículo 2059, cuestión resuelta negativamente por el Tribunal Constitucional italiano en sentencia de 26 de julio de 1979), y la jurisprudencia ha moderado en cierto modo, pero no por completo, la rigidez de aquella. *Vid.*, sobre todo ello LANGE *Schadensersatz,* Tübingen, 1979, p. 256; DONALDSON «Zum Problem der sicheren Bemessung des schmerzensgeldes. AcP, 1966, p. 462; ALPA e BESSONE *I fatti illeciti,cit.*, p. 423; BONILINI. «Il danno non patrimoniale», en *N.G.C.C.*, 1985, II, p. 205.

(55) No es posible detenerse ahora sobre la equivalencia de daño no patrimonial y daño moral (que es el término utilizado por el Tribunal Supremo) *Vid.*, las consideraciones de la sentencia de 25 de junio de 1984.

(56) *Vid.*, sobre casos similares en el derecho angloamericano. FLEMING *The Law..., cit.* p. 255.

(57) No es frecuente en otros ordenamientos conceder la resarcibilidad del daño moral a terceros cuando la víctima no ha fallecido; ALPA e BESSONE, *I fatti illeciti, cit.*, p. 424; VISINTINI *I fatti illeciti I: Ingustizia del danno. Imputabilità,* Padova, 1987, p. 71, para Italia; MARKESINIS, *op. cit.*, p. 537, para Alemania; VINEY y MARKESINIS *La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison desdroits anglais et francais,* París, 1985,

V.2.2. El sistema de responsabilidad civil español *tiende* pues, *hacia la equiparación del ámbito del daño resarcible con el concepto económico de daño* (esto es, *alteración negativa de la función de bienestar de un sujeto*).

Esta equiparación es positiva, en principio. Si se excluyen «per se» ciertos daños, por ejemplo en los accidentes unilaterales, el causante se verá motivado a adoptar menos precauciones de las óptimas; en los accidentes bilaterales, el causante adoptará también un nivel de cuidado subóptimo, lo que motivará a la víctima a adoptar un ineficiente grado de precaución. Ineficiente por exceso, si las precauciones de la víctima son sustitutivas de las del causante, o por defecto, en el supuesto contrario. Estos efectos disfuncionales serán tanto mayores cuanto sea la proporción de los daños excluídos respecto a los daños globales por accidente (58).

Es preciso señalar, sin embargo, que cuando algunos daños son difíciles de calcular tanto por los sujetos como por los tribunales (y los daños no patrimoniales son el paradigma de ellos), una actitud excesivamente generosa de los jueces, puede determinar una sobreestimación de los daños reales y por tanto inducir un exceso de precaución. Como señalan Landes y Posner, cuanto más difícil es establecer con precisión la responsabilidad, mayor debe ser la contribución de ésta al nivel óptimo de cuidado para hacerla deseable (59).

V.3. No obstante todo ello, en el sistema español si *existen algunas vías para poder establecer una regla de no responsabilidad (siquiera sea parcial)*.

V.3.1. La primera de ellas es la de la cuantificación de los daños. Si se realiza sistemáticamente una subestimación en el «quantum» de los daños, se producen los mismos efectos que vimos en cuanto a la exclusión parcial de algunos de ellos.

La determinación de la cuantía de los daños es, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, materia en la cual los Tribunales de Instancia son soberanos (Sentencias de 10 de junio de 1981, 25 de noviembre de 1981, 17 y 20 de mayo de 1982, 7 de febrero y 22 de abril de 1983, 15 de julio y 25 de octubre de 1986, 8 de mayo de 1987, 28 de enero de 1988). Por desgracia, no nos es posible ofrecer un estudio esta-

---

p. 91, para Francia e Inglaterra. Solo en Francia parece, tras no pocas resistencias, predominar la tesis opuesta; VINEY y MARKESINIS, *op. cit.*, p. 92.

(58) Por eso el daño moral se suele considerar resarcible en aquellos tipos de accidentes en que sin duda constituye un componente importante, como el que produce la muerte o la lesión corporal de una persona. Sobre los legitimados y el alcance de la legitimación en este tipo de accidentes en los distintos sistemas: VISINTINI, *I fatti illeciti, cit.*, p. 71; GALGANO *Le mobili frontiere del danno ingiusto* en 1 *Contratto e impresa, 1985*, p. 2 (sobre la evolución reciente en relación a los legitimados no parientes): MARKESINIS, *op. cit.*, p. 536; LE TOURNEAU *La responsabilità civile*, 3.ª, 1982, p. 177; VINEY y MARKESINIS, *ob. cit.*, p. 72; PROSSER, *op. cit.*, p. 949.

(59) LANDES y POSNER: «Causation in Tort Law: An Economic Approach», en 12 *J. Legal Stud.*, 1983, p. 127.

dístico sobre la determinación, de aquéllos por los Tribunales, aunque da la impresión de que la valoración judicial se va haciendo cada vez más generosa aun teniendo en cuenta el descuento por inflación (60). Sin embargo, hay algunos obvios casos de subestimación de la cuantía de los daños, en supuestos de establecimiento de un tope cuantitativo a la responsabilidad por ciertos tipos de accidentes: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, establece un límite de ¡500 millones de pesetas! para la responsabilidad del fabricante (frente a los 70 millones de ECU, más de 9.600 millones de Ptas. de tope, que establece la Directiva Comunitaria de 25 de julio de 1985; la Ley de Navegación áerea de 21 de julio de 1960 establece una limitación de responsabilidad del transportista aéreo de ¡3,5 millones de Ptas.! por muerte o incapacidad total o permanente y de; ¡1 millón de Ptas.! por incapacidad parcial y temporal.

Ambas reglas constituyen una abierta infravaloración de los daños que equivalen a una verdadera regla parcial de no responsabilidad, que reduce los incentivos para disminuir el riesgo.

V.3.2. Otra vía seguida en el sistema español es la que se apoya en el *principio de la certeza y efectividad del perjuicio como condición para ser los daños resarcidos* (Sentencia de 6 de junio de 1968, 12 de diciembre de 1979, 25 de junio de 1983, 29 de septiembre de 1986). En su virtud, se deniega la responsabilidad por los daños cuya realidad y certeza no se demuestra por la víctima; por ejemplo, se ha denegado por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo la responsabilidad de los causantes de un accidente por los daños sufridos por los empleadores de las víctimas, que durante el período de la incapacidad de éstas para el trabajo han satisfecho sus retribuciones y salarios. En particular, el problema se ha planteado en relación al Estado y a algunos de sus funcionarios (guardias civiles, carteros, etc.), lesionados en accidentes de tráfico. Se ha dicho que el hecho de haber pagado la retribución sin contraprestación no hace que sea un daño, dado que no produjo (o al menos no se demostró) un objetivo menoscabo en el servicio público ni un aumento del gasto sobre los normales (por ejemplo por tener que pagar un sustituto): Sentencia de 14 de febrero de 1980, 14 de abril de 1981, 25 de junio de 1983, 24 de septiembre de 1986 (61).

---

(60) *Vid.*, la sentencia del juez n.º 2 de Ibiza de 26 de septiembre de 1987, que estableció una indemnización de 129.999.990 pesetas, recogida en DE ANGEL, *op. cit.*, p. 238.

(61) Por el contrario la Sala 2.ª viene reconociendo la resarcibilidad frente al Estado: 13 de mayo de 1975, 20 de septiembre de 1982, 13 de diciembre de 1983. También lo hizo inicialmente la Sala 1.ª; Sentencia de 24 de abril de 1979. La S. de 29 de abril de 1985, no impidió el resarcimiento de un daño similar, pero fue simplemente porque la sentencia de la Audiencia fue recurrida sólo alegando la ausencia de culpa. En otros sistemas, la solución es opuesta a la de la Sala 1.ª; en Alemania, *Vid.* VON CAEMMERER «Wandlungen...» *cit.*, LANGE, *op. cit.*, p. 329; en Italia el problema ha suscitado un amplio debate, pero ha prevalecido la solución positiva de la jurisprudencia (*Vid.* por todas Cass. 28 de agosto 1985 n.º 4550) y en la literatura (CASTRONOVO «Inattuazione della prestazione di lavoro e resonsabilità del terzo damneggiente» en *Mass. Giur Lav.*, 1981, p. 370.

Como, al mismo tiempo, tampoco la víctima es resarcida por la retribución dejada de obtener —dado que su coste lo ha asumido el Estado— por no haber sufrido realmente ese daño (Sentencia de 31 de mayo de 1985), se da *realmente una regla de no responsabilidad por el valor de la retribución del trabajador, de la víctima del accidente.* Hay, pues, un coste aparente derivado del accidente y un verdadero coste social, que excluye la pérdida del producto del trabajo de la víctima valorada por su retribución, que no va a ser asumido por el causante, sino por un sujeto que nada puede hacer para reducir el riesgo de ese accidente: el empleador.

V.3.3. La tercera vía para establecer una regla de no responsabilidad es la de las *nociones causales.* Hay que aclarar que no todo empleo de conceptos causales lleva consigo la no responsabilidad. Sin embargo, discutiremos brevemente el significado en términos económicos de algunas nociones jurídicas relacionadas con la causalidad. El modelo económico de la precaución dibujado en apartados anteriores, presupone que un daño accidental es producido por el causante, si se trata de aquellos cuyo coste esperado se reduce por efecto de las precauciones (62) que pueda adoptar aquél (63). No se consideran, pues, relevantes a estos efectos, aquellos daños cuyo coste esperado, según el nivel de información en el que operan los sujetos (comprendiendo aquí los Tribunales), no se ve afectado por el nivel de precaución del causante (64).

Esta exclusión vendría a coincidir en parte con la que hace el sistema jurídico sobre la base de la noción de previsibilidad, aunque el uso de esta noción por el sistema español es bastante confuso. Por una parte, se considera un elemento de la culpa extracontractual (Sentencia 12 de mayo de 1969, 17 de marzo de 1981, 11 de mayo de 1983, 20 de diciembre de 1982, 14 de junio de 1985, 1 de diciembre de 1987); (65) por otro, se entiende que lo imprevisible constituye caso fortuito que elimina el nexo causal entre la conducta y el daño (Sentencia de 18 de noviembre de 1980, 11 de noviembre de 1980, 1 de julio de 1983, 8 de junio de 1984, 8 de mayo de 1986).

Además, una noción tan imprecisa como la de la previsibilidad resulta muy poco operativa si no se concreta el nivel de información sobre la base del cual se considera o no previsible un daño accidental, y ello no parece fácil (66). Quizá por esto el Tribunal Supremo ha considerado

---

(62) 0 niveles de actividad cuando éstos son relevantes.

(63) Es básicamente el concepto de «causal linkage» que construye CALABRESI «Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.», en 43 *U Chi. L. Rev.*, 1975, p. 71, *Vid.*, también GRADY, *ob. cit.*, p. 805.

(64) LANDES y POSNER: «Causation...», *cit.*, p. 110; BORGO «Causal Paradigms in Torts Law», en 8 *J. Legal Stud.*, 1979, p. 453.

(65) De idéntica opinión es la doctrina: *vid.*, por todas, SANTOS BRIZ *La responsabilidad civil*, 4.ª ed., Madrid, 1986, p. 193.

(66) La amplitud y labilidad de la previsibilidad la resaltan setencias como las de 9 de noviembre de 1949 y 18 de noviembre de 1980 y autores como PROSSER y KEETON, *ob. cit.*, p. 297 y LINDEN *ob. cit.*, p. 353.

como previsibles accidentes altamente improbables: por ejemplo, cuando un cable de un andamio a 17 metros de altura resulta cogido por la puerta de un motocarro, tras lo cual el andamio cayó y murió el obrero que sobre él trabajaba (Sentencia de 25 de abril de 1983). Mientras que ha entendido como imprevisibles, dentro de un cálculo del curso normal de los acontecimientos, otros casos menos improbables, como el de una operación de amígdalas con anestesia general y posterior paro cardíaco con parálisis cerebral y tetraplejia en un niño (Sentencia de 13 de julio de 1987), o la rotura de un depósito de residuos de galena de una mina que anegó el Cementerio Municipal y produjo la muerte a un conserje (donde se consideró imprevisible la violencia de la lluvia que hizo desbordar el depósito, no que el desbordamiento provocara el fallecimiento de una persona) (67).

Imponer la resarcibilidad de los daños imprevisibles, tal como han sido conceptuados al principio, no produce efectos positivos apreciables en la precaución del causante, dado que éste lo ignorará por definición al decidir su nivel de precaución. Tampoco tiene por qué producir efectos perniciosos, salvo en el caso de que se aplique la regla de responsabilidad objetiva. Sus posibles ventajas en lo concerniente a la compensación se ven contrapesadas por el aumento de los costes administrativos que ocasiona (aumento de la litigiosidad) (68).

Por ello, según la teoría, no harían falta nociones causales ulteriores para poder afirmar la responsabilidad. Si se introducen, el resultado es equivalente al de una regla de no responsabilidad.

Sin embargo, nuestro sistema de responsabilidad civil no se conforma con excluir los daños accidentales imprevisibles —en el sentido eludido—, sino que impone la no responsabilidad, aun por daños previsibles en abstracto, por aquellos daños accidentales que en concreto se hubieran producido sin la acción u omisión del causante. De manera que exige que la acción u omisión del causante haya sido «conditio sie qua non» del daño accidental, de tal forma que sin ella no se hubiera producido: Sentencia de 1969, 28 de febrero de 1975, 12 de julio de 1984, 23 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987 y 17 de diciembre de 1988. Según esta última, el daño ha de ser precisamente consecuencia de la negligencia, para que haya conexión causal.

Pero, aún más, el Tribunal Supremo ha entendido en algunas ocasiones que no basta que la conducta del causante sea condición necesaria del daño, sino que es preciso que aumente la probabilidad de su producción; esto es, impuso una regla de no responsabilidad para aquellos daños accidentales, cuando la conducta del causante, si bien causa nece-

(67) En realidad, la decisión de no resarcibilidad era correcta: en el primer caso concreto, por la ausencia de negligencia en los médicos y en el segundo, porque, dada la violencia de la lluvia, la rotura se hubiera producido cualquiera que hubiera sido el espesor o altura de las paredes del depósito. Pero no, aparentemente, por la imprevisibilidad.

(68) No coincide la noción aquí utilizada con la de daño inusual o de baja probabilidad, de SHAVELL *Economic Analysis..., cit.*, p. 128.

saria, no influye en el riesgo de producción del accidente (69); Sentencias de 22 de febrero de 1946 y 29 de octubre de 1987 (70).

Imponer responsabilidad en estos casos no afectaría a la precaución a adoptar por el causante, dado que el coste esperado del accidente no se ve alterado en realidad por la conducta de aquél.

Otra regla de no responsabilidad fundada en nociones causales es la que exonera de responsabilidad al causante cuando media *«culpa exclusiva de la víctima»*. Según el Tribunal Supremo la presencia de dicha culpa exclusiva de la víctima constituye la causa única del accidente y tiene virtualidad suficiente para romper el nexo causal: Sentencia de 16 de mayo de 1983, 5 de abril de 1984, 21 de junio de 1985, 18 de abril de 1985, 7 de diciembre de 1987. Ahora bien, así expuesta esta regla, carece de sentido, ya que es obvio que, tanto causante como víctima, son «causas» del accidente —sólo hay accidentes donde hay 2 usos incompatibles de recursos, dice Coase (71)—, y no puede ser causa sólo uno de ellos. Lo que ocurre en la mayoría de los supuestos de no responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima que se considera ordinariamente por los Tribunales es que, a) bien la falta de precauciones, si la hubiera, no influía en la probabilidad del accidente; b) bien se aplica la regla de responsabilidad por culpa; y no concurriendo culpa en el causante, no se retuvo a éste responsable: Sentencias de 31 de mayo de 1983, 12 de diciembre de 1984, 18 de abril de 1985, 21 de noviembre de 1985 y 27 de mayo de 1966 (72). Pero el Tribunal Supremo prefirió considerar estos casos empleando la idea de «culpa exclusiva de la víctima» en el sentido criticado. Y, sin embargo, si, parece posible ofrecer una noción más formal y adecuada en cuanto a supuesto límite de la compensación de culpas. A ella haremos referencia en la sección VII.

---

(69) Sin duda esta regla se relaciona con la teoría de la causalidad adecuada, a la que el Tribunal Supremo, a menudo, parece acogerse nominalmente: Sentencia de 13 de julio y 29 de octubre de 1987 y 25 de noviembre de 1988. En general, sobre la causalidad adecuada, *vid.* VON CAEMMERER, «Das Prolem des Kausalzusnmenhanges im Privatrecht», en *Gesammelte Schriften I, cit.*, p. 395; HUBER «Normzwecktheorie und Adaquanztheorie», en J.Z., 1969, p. 677; LANGE, *op. cit.*, p. 57; HART y HONORE *Causation in the Law*, 2.ª ed. Oxford, 1985, p. 465.

(70) En la primera sentencia citada, la acción ilícita del causante —una empresa que hacía trabajar a sus empleados en día no laborable— no influye en el riesgo de que explote un polvorín vecino lesionando a los trabajadores. En la segunda, la conducta negligente —transportar en un vehículo mayor número de personas de las autorizadas— no influye en el riesgo de las lesiones a los pasajeros al ser embestidos por otro vehículo. En realidad, en este último caso, la acción negligente no influye en la probabilidad, pero sí en la gravedad del daño (cuantas más personas en el vehículo, mayor será el daño al sufrir un accidente).

(71) COASE: «The Problem of Social Cost», 3 J. *Law & Econ.*, 1960, p. 11.

(72) Se discute, sin embargo, el siguiente caso: un niño queda atrapado y muere al salir por una trampilla de un ascensor en un portal sin vigilancia: la existencia de la trampilla y la omisión de vigilancia son «causa» del accidente («conditio sine qua non» que, además, influye en la probabilidad del accidente); pero no hay negligencia, se dice, por que no se justifica el coste de mantener un vigilante día y noche para evitar los accidentes ocasionables al abrir la trampilla del ascensor.

## VI. LA REGLA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

VI.1. La segunda forma de selección de los daños resarcibles es la regla de *responsabilidad por culpa.* Esta regla establece que *El causante será responsable, y asumirá por tanto el coste del accidente, si, y sólo si, su nivel de precaución o cuidado es inferior a un determinado nivel que las normas o los Tribunales consideran debido o exigible.* Esta regla se considera —al menos formalmente así lo considera el Tribunal Supremo— como la regla básica, prevalente sobre la responsabilidad objetiva: Sentencias de 10 de junio de 1981, 16 de octubre de 1981, 27 de mayo y 4 de octubre de 1982, 25 de abril, 6 y 16 de mayo de 1983, 20 de junio y 12 de diciembre de 1984, 18 de febrero, 10 de julio y 1 de septiembre de 1985, 2 de abril de 1986, 26 de noviembre de 1987 (73). Como los tribunales, con nuestros supuestos, pueden determinar el nivel de cuidado óptimo, pueden considerar éste como el nivel de precaución debido, por debajo del cual el causante es negligente, es culpable y por ende responsable.

Si proceden así, ¿qué incentivos se están creando para la adopción de ese nivel óptimo de cuidado? Si el causante no alcanza ese nivel óptimo, cargará con todo el coste: si alcanzara justo dicho nivel, no responde de nada; si lo sobrepasa, tampoco responde, pero incurrirá en un coste de precaución adicional innecesario. Por tanto, la responsabilidad por culpa, si el nivel de cuidado debido se hace coincidir con el óptimo para el causante, incentiva a éste a adoptarlo. En cuanto a la víctima, también adoptará su nivel óptimo, por cuanto que, dado que el causante lo hace, habrá de soportar el coste esperado del accidente; y minimiza sus costes (coste del accidente + coste de prevención), precisamente en el nivel de precaución óptimo (que suponemos conoce).

El Tribunal Supremo traduce la primacía del principio de la culpa en la necesidad de calificar jurídicamente la conducta de hecho del causante (Sentencia de 31 de mayo de 1981, 23 de marzo, 7 de febrero, 22 de marzo y 13 de diciembre de 1983, 14 de junio de 1984), con el fin de determinar si éste es culpable o negligente: lo será si su comportamiento no se ajusta al standard de diligencia que le era exigible; no lo será si su comportamiento se acomoda al mismo; Sentencia de 12 de julio de 1984, 29 de abril de 1985, 16 de mayo de 1986, 23 de octubre de 1986, 22 de abril de 1987.

Pero sabemos que el Tribunal Supremo exige, para que haya culpa del causante, también la previsibilidad del daño usando la diligencia debida. Hemos considerado anteriormente que una de las facetas de la pre-

(73) La misma regla parece dominar como regla general —susceptible de numerosas excepciones— el ámbito de los daños accidentales en otros sistemas: en Alemania MEDICUS *Schuldrecht...*, *cit.*, p. 335; ZEUNER «Gedanken über Bedeutung und Stellunf des Veschuldens in Zivilrecht» en JZ, 1966, p. 5; en Francia, LE TOURNEAU, *op. cit.*; en Italia, ALPA y BESSONE *I fatti illeciti, cit.*, p. 289; en los países anglosajones, FLEMING, *the Law of Torts, cit.*, p. 97, 301 y PROSSER y KKETON, o.c.

visibilidad puede explicarse en términos de la amplia noción causal del análisis económico de los accidentes. Ahora podemos tratar de explicar de forma más completa la previsibilidad, en el sentido de que el nivel de diligencia debido (que suponemos es el óptimo), incorpora no sólo la precaución adoptada para la reducción de la probabilidad del accidente, sino también la adquisición por el causante de información que permita reducir aquélla.

Usando la ordinaria diligencia, será previsible aquél accidente en el que el coste de adquisición e información sea inferior al beneficio que proporciona en términos de reducción de los costes del accidente. En definitiva, se considerará culpable —y por tanto, responsable del accidente— al causante si no alcanza un nivel de información y un nivel de precauciones cuyos costes son excedidos por sus ventajas en la disminución del coste esperado del accidente.

VI.2. Ahora bien, *la eficiencia de la regla de responsabilidad por culpa está condicionada a que los Tribunales consideren como nivel de diligencia exigible al causante el socialmente óptimo.* Esto no presenta problemas para la teoría propuesta, dado que hemos supuesto que los Tribunales conocen los datos que permiten determinar el nivel socialmente òptimo (74).

Lo que procede entonces preguntarse es si esta interpretación económica de la culpa proporciona una cierta explicación razonable de la aplicación efectiva de las reglas de responsabilidad. Parece obvio que los Tribunales no utilizan la terminología del análisis coste-beneficio en la determinación de la diligencia debida. Sin embargo esto no es relevante. No tienen por qué hacerlo: existe una terminología jurídica acuñada y no hay ninguna razón para abandonarla, si se utiliza de forma correcta y consciente de su sentido e implicaciones.

Muy grave sería, no obstante, el hecho de que los Tribunales pretendiesen determinar los grados de diligencia debida de acuerdo a criterios éticos: la diligencia tendría como límite lo que no es éticamente exigible. Sin embargo, la idea standard de diligencia como criterio ético es un contrasentido. ¿Por qué? Simplemente, porque todo standard comporta una componente mayor o menor de objetividad y esto parece ser imcompatible con la ética. Como dice Williams «un standard objetivo no es un criterio ético y un standard subjetivo en una contradicción en sus términos (75).

---

(74) Como se dijo en las secciones III y IV, el grado de realismo o irrealismo de los supuestos es variable, según los casos, y, por supuesto, cuestión discutible. Sin embargo, no es esto lo más importante; lo decisivo es, por un lado, si la teoría es consistente con sus supuestos —creemos que lo es; y por otro, si es útil en su relación con la realidad, esto es, si nos permite explicar y predecir de cierta manera (no total y no perfecta) el comportamiento real de ciertos sujetos, lo cual puede ayudarnos a comprender el funcionamiento real del sistema jurídico y sus consecuencias sociales. *Vid.*, las consideraciones sobre la aproximación al derecho y a la responsabilidad civil a través de modelos económicos, de VELJANOVSKI, *ob. cit.*, p. 125.

(75) WILLIAMS: «The Aims...», *cit.*, p. 160.

Evidentemente, no pretendemos que los Tribunales tengan real y explícitamente como objetivo la maximización del binestar social, ni el incentivo de las conductas socialmente deseables; ni que realicen en la práctica refinados análisis de costes y beneficios marginales. Pero sí es cierto que en muchos caso los Tribunales, a la hora de aplicar la regla de la culpa, han comparado, siquiera sea implícita y muy someramente, lo costoso y gravoso del cuidado a adoptar por el causante y la probabilidad del accidente según ese cuidado. Por ejemplo, las omisiones de vigilancia en las Sentencias de 14 de junio de 1984 y 27 de mayo de 1986 fueron consideradas, respectivamente, negligente y no negligente. En el primer caso se trataba de una piscina, en la que una niña murió ahogada. En el segundo, un portal en cuyo ascensor un niño murió atrapado al tratar de salir por una trampilla al hueco de aquél.

Se ha considerado negligente no apuntalar un edificio antiguo ni consultar con los servicios técnicos municipales sobre el particular, cuando se estaba derribando el colindante y ya habían avisado los ocupantes del edificio del peligro y de la convivencia de aquellas medidas (Sentencia de 19 de diciembre de 1987); igualmente, el no poner de manifiesto el carácter inflamable de las materias almacenadas, permitiendo que en el interior del almacén unos operarios decidieron utilizar un soplete eléctrico (Sentencia de 1 de diciembre de 1987); lo mismo, la falta de vigilancia del cumplimiento de las correctas medidas de cuidado ya adoptadas en el desmontaje de una instalación de hornos de alta tensión, operación de gran riesgo para los trabajadores que intervinieron en ella (Sentencia de 2 de noviembre de 1987); no proporcionar casco o cinturón de seguridad a un trabajador que iba a instalar una marquesina a cierta altura (Sentencia de 18 de marzo de 1986); no vigilar la proximidad de ciertos edificios a los tendidos de alta tensión, cuando éste es un factor de alto índice de riesgo y fácil creación de peligro (Sentencia de 24 de enero de 1986); no separar suficientemente de los edificios vecinos un cobertizo lleno de madera, no adoptar ninguna medida de vigilancia del mismo (Sentencia de 23 de enero de 1986); no solicitar los planos de la red telefónica antes de realizar obras de pavimentación con excavadoras en el interior de una población (Sentencia de 19 de febrero de 1985). Se puede hablar con razón en estos casos de exigencia de una diligencia «posible y socialmente adecuada»: Sentencia de julio de 1983.

No pretendemos con ello, sin embargo, ofrecer una comprobación empírica de la teoría económica de la culpa, porque mucha otras Sentencias podrían citarse como contradictorias; la de 20 de diciembre de 1982, por poner un ejemplo patente; simplemente, que los resultado que ofrece el análisis económico de la responsabilidad civil son consistentes con la realidad y permiten cuando menos una aproximación ilustrativa a la misma.

Vamos a examinar a continuación algunas de las doctrinas con las cuales el sistema español de la responsabilidad civil ha tratado de paliar la rigidez de la aplicación de la regla de responsabilidad por culpa.

VI.3. La primera de ellas es la *inversión de la carga de la prueba o presunción «iuris tantum» de culpa en el causante,* recogida en innumerables sentencias: Sentencia de 21 de junio, 13 de mayo y 1 de octubre de 1985; 24 de enero, 31 de enero, 17 de marzo, 2 de abril y 22 de diciembre de 1986; 20 de marzo, 22 de abril, 27 de junio, 17 de julio de 1987, y 8 de julio de 1988 (76). Por excepción, no opera esta inversión en algunos ámbitos específicos, como el de la responsabilidad médica (Sentencia de 12 de julio de 1988).

Una vez establecido que un daño ha sido causado por el causante, habrá de ser éste el que pruebe que alcanzó el nivel de diligencia debida; si no lo prueba se estimará que fue negligente y deberá por tanto responder del daño.

En otros sistemas no existe una regla de inversión de la carga de la prueba tan amplia. Así, en el derecho angloamericano, la regla general es la de que la víctima ha de probar la negligencia, salvo que el accidente sea de tal clase que, según la normal experiencia, dé lugar a una inferencia inmediata de la negligencia del causante, en cuyo caso se presumirá ésta (regla «Res Ipsa Loquitur») (77). En Francia y Alemania la carga de la prueba de la culpa incumbe a la víctima, salvo en aquellos supuestos en que el criterio legal (artículo 1384 p. 4 y 6 Code Civil, § 831, 832, 833 P. II BGB) o jurisprudencial (§ 823 P. II BGB) invierte la carga de la prueba. En Italia el criterio general es el mismo que en estos últimos sistemas, si bien en algún caso (responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores no emancipados), se discute si hay inversión de la carga de la prueba o verdadera responsabilidad objetiva (78).

Sin embargo, es preciso distinguir entre regla de responsabilidad y carga de la prueba (79). La inversión de la carga de la prueba no desvirtúa por sí misma la regla de responsabilidad por culpa como tal regla. En realidad, en el modelo teórico, con los supuestos que hemos realizado, la inversión es escasamente relevante, dado que los Tribunales pueden siempre determinar si el causante ha sido o no culpable. Y dicha inversión lo que hace es adosar al causante el riesgo de que el tribunal no pueda establecer si el nivel de diligencia del causante alcanza el nivel de diligencia debido, bien porque no pueda conocer el nivel de cuidado

(76) Para un completo examen de la evolución de la jurisprudencia española en materia de prueba de la diligencia, *Vid.* CAVANILLAS MUGICA *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia,* Pamplona, 1987, p. 66.

(77) *Vid.,* PROSSER y KEETON, *ob. cit.,* p. 239 FLEMING, op. última cit., p. 285.

(78) Dado que la prueba liberatoria para los padres es la de haber impartido a los hijos una adecuada educación, y la falta de ésta la deducen los Tribunales en muchos casos de hecho de haber cometido el hijo un acto ilícito: Cass. 16 maggio 1984 n.° 2995. Tampoco resulta clara la configuración de los artículos 2050 y 2051 (ejercicio de actividades peligrosas y la custodia de cosas potencialmente dañosas), entre presunción de culpa —con alcance diverso además— y responsabilidad sin culpa.

(79) CALABRESI y KLEVORICK: «Four Tests for Liability in Torts», en 14 *J. Legal Stud.,* 1985, p. 593.

realmente observado, bien —más raramente— porque sea incapaz de establecer un standard de diligencia.

Si ocurre alguno de estos dos hecho, la inversión de la carga de la prueba introduce en la responsabilidad por culpa un componente de responsabilidad objetiva. Componente que será tanto mayor cuanto mayor sea la dificultad que los Tribunales encuentran en comparar ambos niveles de diligencia (el observado y el debido). En aquellos supuestos en que la dificultad sea verdadera imposibilidad, transforma la regla de responsabilidad por culpa en una regla de responsabilidad objetiva.

### VI.4. *La compensación de culpas*

VI.4.1. El sistema español de la responsabilidad civil introduce una corrección en la regla de la responsabilidad por culpa, a través de la doctrina llamada *compensación, concurrencia o concurso de culpas* (80). Según esta doctrina, «la interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima concomitante con la del daño hecho, pero sin llegar a la ruptura de la causalidad... determina la moderación de la suma a satisfacer y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización...»: Sentencia de 31 de marzo de 1978; en idéntico sentido, las de 16 de mayo y 13 de diciembre de 1983, 5 de abril y 15 de diciembre de 1984, 21 de junio, 10 de junio y 28 de octubre de 1985, 23 de septiembre, 17 y 19 de diciembre de 1986, 20 de febrero, 29 de octubre, 7 de diciembre de 1987, 7 y 28 de octubre de 1988.

Esta doctrina no es más que una muestra de la actitud común en todos los sistemas de derecho de accidentes a corregir la aplicación de las reglas generales de responsabilidad —que sólo valoran el comportamiento del causante, aunque el accidente sea bilateral— enjuiciando asimismo la conducta de la víctima, de forma que el resultado de dicha aplicación se ve alterado si la víctima no observa la diligencia a ella exigible (81).

En efecto, la doctrina de la compensación de culpas no modifica el resultado de la regla de la culpa si el causante no es negligente: el causante no responde. Ahora bien, si el causante no alcanza el nivel debido

(80) *Vid.*, las precisiones terminológicas de la Sentencia de 15 de diciembre de 1984.

(81) La otra fórmula fundamental es la «Contributory negligence» del derecho angloamericano, que es una «defence» que determina la total exoneración de responsabilidad del causante cuando la víctima ha participado con su negligencia en la producción del daño. El estudio clásico en la materia es WILLIAMS *Joint Torts and contributory Negligence*, London, 1951. Sin embargo, la compensación de culpas se ha impuesto en Gran Bretaña por el Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945; lo mismo ha ocurrido en Estados Unidos, por acción legislativa o judicial, según los estados (sólo trece estados y el Distrito de Columbia mantienen la regla tradicional), si bien en algunos casos la «Contributory negligence» se mantiene si la culpa de la víctima supera a la del causante. En Alemania (par. 254. II BGB), Italia (art. 1.227 Codice civile) y en Francia (Le Tourneau, *op. cit.*, p. 259), la regla es la compensación de culpas cuando hay negligencia por ambas partes.

de cuidado, la regla de la culpa le endosaría el entero coste del accidente. Con la compensación de culpas, este resultado varía si la víctima es asimismo negligente; el causante deberá cargar sólo con una parte del coste, mientras que la víctima asumirá la parte restante. La fracción correspondiente a cada una viene determinada de diferente modo, según veremos, por una valoración de las culpas de ambos.

¿Incentiva esta corrección de la regla de la culpa la adopción de los sujetos del nivel óptimo de diligencia? (82). Puede parecer que la compensación de culpas presenta inconvenientes en un doble frente: de un lado, frente a la regla de la culpa, tendería a reducir los incentivos al cuidado del causante al disminuir el coste que éste ha de afrontar si la víctima es culpable; de otro, frente a la regla de la «contributory negligence», no promovería suficientemente el cuidado de la víctima al no eliminar completamente la responsabilidad del causante, sino reducirla a una cierta porción del coste.

Sin embargo, se puede demostrar que la culpa con compensación produce, en el ámbito del modelo simplificado diseñado y sus supuestos, los mismos óptimos resultados que la regla de la culpa, y que la culpa con «contributary negligence».

Un resultado no óptimo podía producirse en dos situaciones distintas: 1) cuando uno de los sujetos alcanza el nivel de cuidado óptimo y no el otro; 2) cuando ambos sujetos son negligentes. Pues bien, es posible probar como ninguna de estas dos situaciones puede darse en equilibrio bajo la regla de la compensación, y por tanto la única opción que resta es la del cuidado óptimo de ambos.

1) Supongamos que la víctima adopta el nivel óptimo de cuidado; dado este nivel, el causante adoptará también el nivel óptimo pues de lo contrario pechará él con el entero del coste del accidente. Supongamos que es el causante el que adopta el nivel óptimo; dado este nivel, la víctima, adoptará asimismo el cuidado óptimo por la misma razón por la que lo adopta bajo la regla de culpa; ya que el causante no asume nada del coste del accidente, la víctima minimizará los costes de precaución y costes del accidente adoptando el nivel óptimo de cuidado, que hemos convenido será el nivel exigible.

2) Supongamos ahora que ambas partes son negligentes. La compensación de culpas determina que en este caso cada una asumirá una fracción del daño.

Llamaremos a la fracción de la víctima, a; la del causante será pues (1-a), siendo $0 < a < 1$.

---

(82) La literatura económica sobre la compensación de culpas es ya amplia: SCHWARTZ «Contributory and Compartive Negligence: A reappraisal», en 87 *Yale L.J.*, 1978, p. 697; LANDES y POSNER «Joint and Multiple Tortfeasors: And Economic Analysis», en 9 *J. Legal Stud.*, 1980, p. 517; HADDOCK y CURRAN «An Economic Theory of Comparative Negligence», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985, p. 49: REA «The Economics of Comparative Negligence» en 17 *Int'l Rev. L. & Econ.*, 1987, p. 149; RUBIENFELD «The Efficiency of Comparative Negligence» en 16 *J. Legal Stud.*, 1987, p. 375.

Llamaremos $V^{op}$ al nivel óptimo de cuidado de la víctima y $C^{op}$ al del causante.

Sea $V^{nop}$ un nivel negligente de cuidado de la víctima y $C^{nop}$ un nivel negligente de cuidado del causante.

Llamaremos $c(V^{op})$, $c(C^{op})$, $c(V^{nop})$, y $c(C^{nop})$, a los respectivos costes de los distintos niveles de cuidado.

Llamaremos $P(V^{nop}, C^{nop})$, a la probabilidad del accidente con esos niveles negligentes de cuidado. Sea D el daño total derivado del accidente.

Para que la víctima se vea incentivada a ser negligente es preciso que sus costes en el nivel negligente sean inferiores a sus costes en el nivel óptimo: $a \times P(V^{nop}) \times D + c(V^{nop}) < c(V^{op})$.

Idéntica condición es precisa para que el causante sea negligente: $(1\text{-}a) \times P(C^{nop}) \times D + c(C^{nop}) < c(C^{op})$.

Para que ambos sean negligentes a la vez, habrá que sumar expresiones, de lo que resulta: $P(V^{nop}, C^{nop}) \times D + c(V^{nop}) + c(C^{nop}) < c(V^{op}) + c(C^{op})$.

Es decir, sería preciso, para que ambos sujetos fueran negligentes bajo la compensación de culpas, que los costes del accidente más los costes de cuidado de las partes en el nivel negligente sean inferiores a los costes de cuidado óptimo, lo cual es imposible dada la definición del nivel de cuidado óptimo.

Por tanto, *la compensación de culpas no incentiva que ambas partes sean negligentes, ni que una lo sea mientras la otra alcanza el nivel óptimo de precaución; ello implica que incentiva la adopción por causante y víctima de la diligencia óptima.*

VI.4.2. El Tribunal Supremo, sin embargo, no considera la compensación de culpas como una regla especial de la responsabilidad por culpa, sino una doctrina que produce sus efectos en el ámbito de las nociones causales. Entiende que se trata de la doctrina que permite dar una solución a los casos en los que, sin haber culpa exclusiva de la víctima, hay una conducta negligente de su parte; es decir, que no hay ruptura de la relación de causalidad porque la negligencia de la víctima no es factor único del accidente, pero interviene con eficacia causal: Sentencia de 7 de diciembre de 1987, 21 de junio y 28 de octubre de 1985, 5 de abril de 1987, 21 de junio y 28 de octubre de 1985, 5 de abril de 1984, 16 de mayo de 1983.

Esta consideración responde parcialmente al fenómeno empírico de que en la mayoría de los casos en que viene aplicada la compensación de culpas, los causantes, para exonerarse de responsabilidad, alegan la culpa exclusiva de la víctima. Tampoco son ajenas a las mismas las vacilaciones y confusiones entre el plano de la causalidad y el plano del standard de diligencia, en que suele incurrir la jurisprudencia española.

Sin embargo, la compensación de culpas no comporta el uso de nociones causales distintas, ni plantea más problemas causales que los de la regla de responsabilidad por culpa.

Lo que ocurre es que las nociones y los problemas causales se refie-

ren no sólo a la relevancia causal, en los tres planos a los que hicimos referencia en V.3.3, de la falta de diligencia del causante, sino también a la de la falta de diligencia de la víctima. Por ello, si el daño que se produce no es de aquellos que, dado un nivel de información bastante, se ven afectados por las medidas de cuidado de la víctima, la culpa de ésta no está causalmente conectada al accidente; si la falta de medidas de cuidado de la víctima no ha sido condición necesaria del accidente (Sentencia de 18 de noviembre de 1987), no existirá —al menos según es criterio del Tribunal Supremo— nexo causal apto a fundar la compensación de culpas; y tampoco lo habrá si el defecto de diligencia de la víctima no aumenta concretamente la probabilidad de producción del accidente (Sentencia de 29 de octubre de 1987) «rectius», no afecta al coste esperado del accidente (83).

De esta forma, son siempre *tres* los planos de la relación causal que aparecen en la aplicación de toda regla de responsabilidad, sea responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva (aunque, en este caso, entrando también en juego los niveles de actividad) o responsabilidad por culpa con compensación de la culpa de la víctima.

VI.4.3. La compensación de culpas impone que si ambas partes son negligentes cada una deberá soportar una fracción del coste del accidente. Pero una cuestión se suscita inmediatamente: ¿Cómo se determina la fracción que corresponde a la víctima?

La solución no parece desprenderse fácilmente de las decisiones del Tribunal Supremo. En numerosas ocasiones, éste, amparándose en la facultad moderadora del artículo 1103 Código civil, parece querer decir que dicha fracción se fija discrecionalmente por los Tribunales atendiendo sobre todo a consideraciones de equidad: Sentencia de 25 de marzo y 29 de mayo de 1980, 1 de julio de 1983, 15 de diciembre de 1984, 18 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1987 (84). Sin embargo, en estos casos, el reparto equitativo se apoya en el presupuesto de la entidad igualitaria de las culpas de causante y víctima, por lo que parece poder englobarse, al menos en parte, dentro del primero de los sistemas de cómputo que vamos a examinar.

Dos son, aparentemente, los criterios que van a permitir la determinación de la fracción que asumirá cada sujeto.

El primero de ellos es el de la comparación de las entidades de las culpas de causante y víctima: Sentencia de 13 de octubre de 1981, 20 y 27 de junio de 1983, 21 de junio de 1985, 19 de diciembre de 1986, más las citadas más arriba.

Si llamamos $V^{op}$ y $C^{op}$ a los niveles óptimos de diligencias de víctí-

(83) En realidad, la negligencia de la víctima (que transportaba tres adultos y seis niños en el mismo vehículo), no afectaba a la probabilidad de ser embestido por un camión, pero si a la magnitud del daño que del accidente pudiera derivar. Por ello es criticable la decisión del Tribunal Supremo.

(84) *Vid.* La crítica de la utilización de 1103, de Díaz Alabart, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1988, en 12 *Poder Judicial*, 1988, p. 136 y ss.

mas y causante, y $V^n$ y $C^n$ a los niveles (no diligentes) efectivamente observados (estos niveles se pueden cuantificar a través de su coste), podríamos expresar formalmente este criterio del siguiente modo:

$$\text{Fracción de la víctima} = \frac{V^{op} - V^n}{V^{op} - V^n + C^{op} - C^n}$$

$$\text{Fracción del causante} = \frac{C^{op} - C^n}{V^{op} - V^n + C^{op} - C^n}$$

El segundo criterio es el del reparto «proporcional a la relación directa que las actividades culposas hayan tenido en la producción del resultado dañoso»; Sentencia de 20 de febrero de 1987; y de la Sala 2.ª, Sentencias de 28 de septiembre de 1982, 24 de marzo de 1983, 22 de febrero de 1985, 7 de octubre de 1988. Este criterio puede expresarse formalmente a través de la agravación de la probabilidad del accidente por efecto de la falta de diligencia de cada uno.

Si llamamos $P(V^{op}, C^{op})$, $P(V^n, PV^n)$ a las probabilidades del accidente, dados los niveles de cuidado anteriormente expuestos, resultaría:

$$\text{Fracción de la víctima} = \frac{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op})}{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op}) + P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}$$

$$\text{Fracción del causante} = \frac{P(C^n - P(V^{op}, C^{op})}{P(V^n) - P(V^{op}, C^{op}) + P(C^n) - P(V^{op}, C^{op})}$$

Los resultados que producen la aplicación de estos criterios pueden ser, sin embargo, bastante dispares. Supongamos que los niveles óptimo y real de cuidado del causante (medidos por su coste), fueran 40 y 10, respectivamente; y los de la víctima, 20 y 5, respectivamente; y que la probabilidad (medida en tanto por ciento) del accidente fuera, en el nivel de cuidado óptimo por parte de ambos, 6; si el causante no es diligente, la probabilidad será de 12; si la víctima no lo es, de 8.

Los resultados de los dos criterios son los siguientes:

**CRITERIO 1**

$$\text{Víctima:} \quad \frac{20 - 5}{40 - 10 + 20 - 5} = \frac{15}{45} = \frac{1}{3}$$

$$\text{Causante:} \quad \frac{40 - 10}{40 - 10 + 20 - 5} = \frac{30}{45} = \frac{2}{3}$$

**CRITERIO 2**

$$\text{Víctima: } \frac{8-6}{12-6+8-6} = \frac{2}{8} = \frac{1}{4}$$

$$\text{Causante: } \frac{12-6}{12-6+8-6} = \frac{6}{8} = \frac{3}{4}$$

Por tanto, según el primer criterio, la víctima cargará con un 33 % del coste del accidente, y según el segundo, con el 25 %; el causante, con 67 % y un 75 %, respectivamente (85).

VI.4. Hemos visto que la compensación de culpas, como doctrina correctora de la responsabilidad por culpa, produce resultados eficientes en términos de incentivos para el cuidado de las partes.

Sin embargo, idénticos resultados se obtienen a través de la regla de la culpa corregida con la «contributory negligence». Más aún, ésta última, según algunos autores, determina un ahorro en costes de administración del sistema: elimina todo resarcimiento para aquella víctima que sea negligente en cualquier grado, lo cual incentiva la reducción en la litigiosidad y hace los procesos más sencillos al eliminar el cálculo de la fracción del coste del accidente que corresponde a cada sujeto (86).

¿Cuáles son entonces las ventajas de la compensación de culpas? Se han intentado encontrar en la justicia y la equidad (87). Pero en términos de eficiencia, en nuestro modelo simplificado, no reporta ningún beneficio adicional respecto a reglas más sencillas.

No obstante, hay modelos más complejos, que introducen relajación de varios de los supuestos del aquí expuesto, dando entrada al error de cálculo del cuidado debido (88), a la falta de respuesta de algunos sujetos a los incentivos de las reglas jurídicas, con decisiones de cuidado tanto simultáneas como sucesivos, (89) a la variación en el carácter de causantes y víctimas (90) (nosotros supusimos que todos los causantes y todas las víctimas era idénticos). En ellos resulta que la regla más eficiente es precisamente la de la compensación de culpas; o más en general, toda regla que no fraccione el coste del accidente entre los intervinientes, es menos eficiente que una que lo fraccione, y la compensación de culpas es la más destacada dentro de este tipo de reglas.

---

(85) En los sistemas angloamericanos parece predominar el primer sistema. GOETZ *Cases and Materials on Law and Economics*. St. Paul, 1985, p. 308. En Alemania, el par. 254 BGB, escoge el segundo de ellos, mientras el artículo 1.227 del Codice civile italiano se refiere a ambos, incurriendo en una cierta contradicción.

(86) POSNER *Economic Analysis..., cit.*, p. 157.

(87) SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 721; ésta parece ser la principal justificación para nuestro Tribunal Supremo.

(88) HADDOCK y CURRAN, *op. cit.*, p. 63.

(89) REA *op. cit.* p. 156.

(90) RUBINFELD, op. cit. p. 384.

VI.5. *El pretendido fin de la culpa: el agotamiento de la diligencia.*

VI.5.1. *El tercero de los correctores de la regla de responsabilidad por culpa adoptados por el Tribunal Supremo es la doctrina llamada del agotamiento de la diligencia.*

Esta doctrina, con el presupuesto de la inversión de la prueba de la culpa, establece que la presunción «iuris tantum» de culpa no se elimina con el cumplimiento de las prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas son insuficientes para evitar el riesgo, exigiéndose agotar la diligencia: Sentencia de 10 de julio de 1985, 28 y 31 de octubre de 1988, entre otras muchas. Esto implica, en palabras de la sentencia de 31 de enero de 1986, que «si se ha producido un resultado dañoso, es por no haberse tomado las necesarias precauciones», lo que da pie a pensar que la aplicación de esta doctrina representa el fin de la regla de responsabilidad objetiva (91).

Sin duda, si la misma fuera siempre realmente lo que parece desprenderse de las dos sentencias arriba citadas, habría que estar de acuerdo con esa afirmación. ¿Por qué? Pues porque *exigir adoptar todas las medidas para evitar el riesgo de accidente, de forma que si éste se produce, se infiere que el causante fue negligente, supone que el nivel de cuidado debido es aquel que hace cero el coste esperado del accidente* (92). Si ello indujera al causante a adoptar este nivel de cuidado, el agotamiento de la diligencia sería una regla abiertamente ineficiente dado que ese nivel no es el socialmente óptimo. Pero esto no será así; el causante no escogerá nunca este nivel de cuidado, pues preferirá el óptimo dado que en éste sus costes son menores aun teniendo que pagar el coste del accidente, por la propia definición de nivel óptimo de diligencia; los costes de prevención son tan altos en aquel otro nivel, que sobrepasan la ventaja de evitar la responsabilidad. Tampoco adoptará el causante un punto intermedio porque en aquel por definición se halla siempre mejorado («better off»). En realidad, el agotamiento de la diligencia funcionará como responsabilidad objetiva pues, si el accidente se da, el causante será responsable, no por la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva formalmente declarada como tal, sino por entenderse que no ha alcanzado el nivel de diligencia debido. Dada esta equivalencia real nos remitiremos a la sección siguiente para examinar los efectos de la regla de la responsabilidad objetiva y sus correcciones en los accidentes bilaterales.

VI.5.2. Sin embargo, resulta imprescindible realizar dos puntualizaciones: por un parte, *no puede entenderse que la doctrina del agotamiento de la diligencia ha procedido a una completa sustitución de la responsabilidad objetiva.* Y ello no porque el Tribunal Supremo siga pro-

(91) O'CALLAGHAN «Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual», en *A.C.*, 1986, p. 13.

(92) En realidad, este nivel de cuidado que elimina el coste esperado del accidente no existe en la realidad, dado que siempre existen daños que por mucha precaución que se tome, no se pueden evitar (aunque sea por la dificultad de su identificación).

clamando la primacía de la culpa, sino porque en muchos casos exonera de responsabilidad, existiendo daño, precisamente porque no concurría el requisito de la negligencia del causante: Sentencia de 9 de julio de 1984, 15 de abril de 1985 (y en este caso el causante incumplió una prevención reglamentaria, pues la excavadora del causante excedía en 5 cm. la anchura máxima autorizada), 26 de noviembre de 1987, 16 de diciembre de 1988, 17 de mayo de 1989: y en muchas sentencias más afirma la responsabilidad tras realizar una indagación sobre el ajuste de la diligencia observada a la debida: 11 de mayo y 1 de julio de 1983, 14 de junio y 12 de julio de 1984, 19 de febrero y 21 de junio de 1985, 11 de febrero de 1986, 2 y 19 de diciembre de 1987, 26 de diciembre de 1988, 6 y 8 de marzo de 1989.

Por otra parte la doctrina del agotamiento de la diligencia se ha convertido prácticamente en una fórmula fija en numerosas sentencias bien diversas: en algunos casos parece responder de forma más o menos consciente a una tendencia objetiva clara por parte del Tribunal Supremo; así en materia de accidentes producidos por los ferrocarriles (ya desde la lejana sentencia de 29 de junio de 1932, hasta las de 11 de enero de 1979, 3 de diciembre de 1983; pero hay que ver también la reciente de 15 de marzo de 1988); en materia de accidentes de automóvil — objetivación ya impuesta legislativamente, pero que el Tribunal Supremo, para salvar formalmente la primacia de la culpa, realiza a través del agotamiento de la diligencia: Sentencia de 17 de marzo de 1981, 31 de enero de 1986, 16 de mayo de 1986.

Pero en otros casos, no sirve más que para resolver de manera contradictoria casos idénticos: Sentencia de 20 de diciembre de 1982 (responsabilidad por un incendio con incertidumbre sobre la causalidad, al aplicar el agotamiento de la diligencia) y 9 de julio de 1985 (no responsabilidad al no exigirse el agotamiento), con justificación más que discutible.

## VII. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

VII.1.La última de las reglas de responsabilidad es la de *responsabilidad objetiva:* según esta regla, *el causante de un accidente asumirá su coste cualquiera que sea el nivel de precaución adoptado* ¿Qué comportamiento induce esta regla en los sujetos? (93).

En los accidentes unilaterales, el resultado inducido será el óptimo dado que, al cargar el causante con el costo del accidente en todo caso, adoptará el nivel de cuidado óptimo, porque con ello la inversión de una peseta en cuidado se traducirá en la reducción de más de una peseta en el coste esperado del accidente. Con un nivel de cuidado menor, todavía

(93) *Vid.*, sobre la responsabilidad objetiva en la literatura económica: SHAVELL, *Economic Analysis, cit.* cap. 2; ID «Strict Liability versus Negligence», en 9 *J Legal Stud.*, 1980, p. 1; POLINSKY *Introducción..., cit.*, p. 61; POSNER *Economic..., cit.*, p. 160.

queda coste esperado —y es el causante, recordemos, el que lo va a sufrir— que reducir si adopta más precauciones. Con un nivel superior, gastaría más en precauciones de los que obtendría en reducción del coste esperado del accidente.

En los accidentes bilaterales, por lo que respecta al causante, no hay más que reproducir lo apenas expuesto. En cuanto a la víctima, por contra, la responsabilidad objetiva determina que no adopte ningún cuidado, toda vez que el coste del accidente se transfiere en todo caso al causante. Siempre le resarcirá el causante, y no le reporta ninguna ventaja gastar una peseta en precaución.

Además de estos efectos sobre los niveles de cuidado, en la responsabilidad objetiva incide de forma considerable un factor que hasta el momento no habíamos tenido en cuenta. *Este factor es el nivel de actividad del causante. Si este nivel incide en el coste esperado del accidente, en el sentido de que a mayor nivel de actividad, mayor coste esperado de accidentes, la responsabilidad objetiva puede inducir al causante a adoptar un nivel óptimo de actividad, lo cual no puede hacer la responsbilidad por culpa.* Supongamos que el causante adopta un nivel óptimo de cuidado. Si la regla es la responsabilidad por culpa, no responde y no asume nada del coste de los accidentes. Por tanto, a la hora de decidir cuál será su nivel de actividad, no tendrá en cuenta los accidentes que se producirán por un incremento de esa actividad, por lo que elegirá un nivel de actividad más elevado del socialmente óptimo. Por contra, si la regla de responsabilidad es objetiva, el causante elegirá el nivel de actividad óptimo dado que debe asumir el coste de los accidentes que cause, aunque su diligencia sea la debida. Entonces, a la hora de elegir su nivel de actividad, tendrá en cuenta el coste de los accidentes que produciría un incremento del nivel de su actividad.

Para calcular el nivel de actividad socialmente óptimo es preciso descontar, de la utilidad que produce la actividad, el coste (incluido el de accidente) que genera, y sólo la responsabilidad objetiva conduce a efectuar correctamente este cálculo.

VII.2 Por ello, no es de extrañar que en el sistema de la responsabilidad civil *reglas de responsabilidad objetiva rijan en ámbitos de accidentes unilaterales y en los que el volumen de actividad parece afectar de manera importante a la probabilidad y cuantía de los daños, aún siendo adecuados los niveles de cuidado:* así, en materia de accidentes derivados de la navegación aérea (artículo 120 Ley de Navegación Aérea) y de la explotación de energía nuclear (artículo 45 Ley sobre energía nuclear de 29 de abril de 1964) (94).

(94) Solución idéntica a la adoptada en otros sistemas como el alemán: Luftverkehrsgesetz, 1981, Atomgsetz, 1985. *Vid.* MEDICUS *op. últ. cit.*, p. 390; MARKESINIS, *op. cit.*, p. 368; o el francés: Código de la aviación civil y comercial de 1967, Ley de 29 de noviembre de 1986; *Vid.*, LE TOURNEAU *op. cit.*, p. 752. Por contra, en Estados Unidos se discute el sometimiento de los daños nucleares y aeronáuticos a la regla de responsabilidad objetiva, y la solución parece más bien ser negativa: PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 557.

Efectivamente, parece que se trata de tipos de daños en los cuales la conducta de la víctima no influye —por lo menos en los supuestos ordinarios—, en la probabilidad del accidente; y dados los altos costes que un accidente aéreo o nuclear puede provocar, parece conveniente que las actividades que los generan internalicen los costes derivados de ellos aunque se hayan adoptado los medios de precaución exigibles. Sin embargo, en el sistema español existen otros ámbitos de daños en los que —aún con dudas en algún caso— se aplica la regla de la responsabilidad objetiva, y que no son claramente —o no lo son en absoluto— accidentes unilaterales: así en el ámbito de daños de productos a los consumidores (artículos 25 y 28 Ley de consumidores) (95). Y en el ámbito de los daños personales producidos por vehículos de motor (96) (artículo 1 Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986). Y hemos mencionado los posibles efectos desincentivadores de la adopción de medidas de precaución por parte de las víctimas que puede tener una regla de responsabilidad objetiva, cuando dichas medidas son convenientes para prevenir el daño, es decir, cuando el accidente es bilateral.

VII.3. Es posible, sin embargo, eliminar estos efectos negativos, introduciendo algunas correcciones en la responsabilidad objetiva haciendo que la víctima asuma una parte del coste del accidente, si no toma las precauciones debidas.

No se trata de una regla de compensación de culpas en sentido estricto, porque el nivel de cuidado del causante no es un factor relevante, no se valora (si lo fuera, nos hallaríamos ya en el campo de la regla de la culpa). Sólo será valorada la conducta de la víctima. Determinado el nivel de diligencia óptimo de aquella, si es alcanzado, el causante asume el entero coste. Pero si no lo es, la víctima tendrá que cargar con una parte del mismo.

Cual sea la proporción en que participe la víctima dependerá del nivel de precaución de ésta en relación con el óptimo. Si el nivel de cuidado adoptado se aproxima o tiende a 0, la fracción del coste que asumirá la víctima, tenderá a 1, y en el límite será 1.

Sólo en el límite, la «culpa exclusiva de la víctima» como exoneradora de responsabilidad del causante, determina un resultado eficiente. Y para ello es preciso, además, que a este límite se llegue de forma no discontinua, esto es, que el causante no pase bruscamente de afrontar todo el coste a, cuando el cuidado de la víctima es 0, quedar exonerado. En función del decrecimiento en el cuidado de la víctima, irá creciendo la

(95) La defectuosa técnica legislativa de estas normas ha producido ciertas dudas en la doctrina: *vid.*, BERCOVITZ (Rodrigo) «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo y bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Alberto y Rodrigo Bercovitz autrs.), Madrid, 1987, p. 240; CAVANILLAS Responsabilidad civil y tutela del consumidor, Palma de Mallorca, 1985, p. 90.

(96) En el colmo de la confusión se establece en el sistema español (ya desde la ley de 1962), una doble regla de responsabilidad, para un mismo accidente, según el tipo de daño: responsabilidad objetiva para los daños personales, por culpa para los materiales.

fracción a soportar por ésta, hasta hacerse 1 en el límite. De lo contrario, con el «todo o nada», la víctima se ve inducida a un nivel de precaución subóptimo, salvo que la inexistencia de culpa exclusiva se haga coincidir con el nivel óptimo de cuidado, lo cual no parece ser la actitud de los Tribunales españoles (en realidad, si fuera así, no sería más que una formulación «a la española» de la «contributory negligence» anglosajona).

Si entendemos, pues que «culpa exclusiva de la víctima» es este supuesto en el límite que acabamos de describir, dotamos a esa noción de un sentido en términos de eficiencia. Obviamente, aunque hayamos realizado esta caracterización en el ámbito de la responsabilidad objetiva, es válida «mutatis mutandis» para el ámbito de la estricta compensación de culpas de causante y víctima.

Así pues, la valoración de la diligencia de la víctima como correctora de la responsabilidad objetiva del causante, induce a ambos a la adopción de las medidas de prevención socialmente óptimas.

Y esta regla corregida —con el nombre de compensación de culpas, pero su sentido es el ahora explicado—, está reconocida en materia de accidentes nucleares (artículo 45 de la Ley sobre energía nuclear), accidentes de automóvil el artículo 1.°.2 Real Decreto Legislativo 1301/1986 sólo prevé la exoneración por culpa exclusiva de la víctima, pero el Tribunal Supremo aplica reiteradamente la compensación: Sentencia de 16 de mayo de 1983, 17 de diciembre de 1986, 18 de noviembre y 7 de diciembre de 1987), y accidentes de ferrocarril (Sentencia de 3 de diciembre de 1983 y 15 de diciembre de 1985).

Este correctivo introducido, no obstante, comporta una contrapartida; y es la pérdida de la simplicidad y automaticidad que la responsabilidad objetiva posee como ventaja frente a la culpa. En otros términos, que la valoración de la culpa de la víctima hace aumentar los costes de administrar y aplicar la regla de responsabilidad objetiva.

VII.4. Otro elemento de la regla de responsabilidad objetiva digno de ser resaltado, es su componente compensatoria o de seguro.

En realidad, todas las reglas de responsabilidad —salvo, evidentemente la de no responsabilidad— tienen cierta dosis de seguro. En efecto, la responsabilidad por culpa proporciona cobertura a las potenciales víctimas, en el sentido de que si el evento dañoso acaece, verán compensados todos los daños, aunque con una importante restricción: sólo en el ámbito de los accidentes evitables empleando la diligencia exigible.

La responsabilidad objetiva va más allá: proporciona cobertura frente a todo riesgo, incluso frente a los accidentes que son inevitables aun usando las precauciones debidas. Confiere pues, en cierto modo, «seguro a todo riesgo», desde el punto de vista teórico; por supuesto, el funcionamiento de la regla a través de su aplicación real por los tribunales ya es otro cantar.

Este carácter permite ofrecer una explicación del por qué en la realidad los sitemas jurídicos —español incluido—, las reglas de responsabi-

lidad objetiva han aparecido, de ordinario, asociadas a la imposición a los potenciales causantes de la obligación de contratar un seguro para cubrir su responsabilidad (por ejemplo, artículo 2 Real Decreto legislativo 1301/86, artículo VII, párrafos 10 y 11, Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969, sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación de hidrocarburos, artículo 128 ley de navegación aérea, artículo 30, ley de consumidores).

Efectivamente, si el sistema jurídico pretende que las víctimas potenciales estén aseguradas, y si éstas no pueden acudir (o parece previsible que, aún pudiendo, no lo harán), a los mercados de seguro en condiciones razonables, una opción interesante es la adopción de una regla de responsabilidad objetiva, porque con ello se convierte prácticamente al causante en «asegurador» de la víctima.

Pero puede muy bien ocurrir que los potenciales causantes no sean ellos mismos un óptimo asegurador (el ejemplo palmario es el de los conductores de automóvil; en el caso de empresas, en menor medida, por su capacidad, mayor o menor, de autoasegurarse), cobrando entonces sentido que se imponga el acudir a un asegurador profesional o a otro sistema organizado de seguro (depósitos o fianzas ante entidades pública, mutuas de seguros, etc.).

De todo lo ya indicado sobre la responsabilidad objetiva, parecen poder derivarse dos factores económicos fundamentales en la vigencia de esta forma de responsabilidad: el control del nivel de actividad de los potenciales causantes, y el seguro de las potenciales víctimas.

## VIII. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE CONTROLAR EL RIESGO

Además del seguro, que, como dijimos, es un mecanismo fundamental en nuestros días para protegerse frente al riesgo, existe un haz bastante amplio de medios teóricos y prácticos alternativos de control de riesgo. En este apartado intentaremos caracterizarlos, mostrar la bondad social de cada uno y, de esta menera, proporcionar una perspectiva más amplia sobre el papel del sistema de responsabilidad civil. Pues bien, ¿cuáles son los sistemas alternativos?:

$A_0$ El sistema de responsabilidad civil, visto en este trabajo;

$A_1$ La regulación pública sobre seguridad, materia que tiene como ejemplos, la legislación sobre envasado, procesado e información sobre productos de consumo; sobre proceso de producción en centrales nucleares; sobre condiciones generales de seguridad, por ejemplo salidas de incendio en locales públicos, uso de cinturón en automóviles, etc.

$A_2$ La acción inhibitoria; por ejemplo, la que se otorga a los vecinos que habitan cerca de una presa en situación de relativa fragilidad a impedir su funcionamiento hasta que se subsanen esas deficiencias.

$A_3$ Los impuestos o los subsidios correctores; medio muy frecuen-

te cuyo ejemplo paradigmático quizá sea el del impuesto sobre una empresa que emite contaminación por el valor de los daños esperados que ocasiona.

$A_4$ Multas por daños efectivamente causados (97); por ejemplo, la que se impone al propietario de unos animales que han causado daño a un vecino (98).

$A_5$ Sanciones penales, cuyo ejemplo característico está constituido por aquellas que implican privación de libertad.

Las acciones o medidas anteriores pueden diferenciarse en función del momento de actuación de cada una de ellas respecto a la producción del accidente de la forma que esquemáticamente enunciamos:

| ACCION Ex | Ex ante | MOMENTO DE ACTUACION Post |
|---|---|---|
| Privada | $A_2$ | $A_0$ |
| Pública (de oficio) | $A_1$, $A_3$ | $A_4$ |

La acción penal, $A_5$, no figura en el cuadro anterior porque puede ser una acción ex ante o ex post, y puede ser promovida privada o públicamente. Una suposición frecuente sobre ella es que es socialmente más costosa que las demás por los costes que comporta su aplicación (99).

Además de diferencias las distintas medidas, es importante poder dispone de criterios evaluadores en las mismas, conocer las *ventajas e inconvenientes de cada una.* Como se indicó más arriba, el *criterio de optimalidad social* que tomamos de referencia es el de la maximización del valor de la actividad en cuestión para las partes, menos costes esperados de la precaución, daños esperados, costes administrativos, coste de soportar el riesgo por quienes tienen aversión a él y coste de imposición de sanciones penales, cuando procedan (100). De acuerdo con ello, podemos enunciar de forma resumida los siguientes criterios:

(97) Establecidas con arreglo al criterio objetivo o al de la culpa, como en el caso de la responsabilidad civil.

(98) Adviértase que son distintas de las multas que se imponen por la infracción de regulación. Compárese la multa que se impone a una persona que dejó que su ganado comiera pastos de un vecino con la correspondiente a una infracción sobre regulación de seguridad al no tener extintores en un local de uso público o por conducción a velocidad superior a la máxima autorizada. La primera se produce cuando los daños han tenido lugar y frecuentemente viene acompañada del posible ejercicio de la acción de resarcimiento por daños. La segunda actúa aún si existir daños, sino mera situación de riesgo, y no suele venir acompañada de la acción por daños.

(99) Por ejemplo, frente a las multas pecuniarias (no penales), la acción penal que termina con ingresos en prisión requiere el empleo de cuantiosos recursos para construcción y gestión de las prisiones y supone la pérdida de cuantiosos ingresos dejados de percibir durante el procedimiento o el internamiento en prisión. Ello no obstante, existen casos que reflejan la pervivencia de este tipo de acciones frente a la creación de situaciones de riesgo (p. ej., la reciente sentencia sobre daños causados por FECSA).

(100) La asignación de riesgo no es un coste relevante ahora, pues suponemos que la adquisión de seguro puede resolverlo adecuadamente.

*Preferencia de los instrumentos de actuación «ex ante» frente a instrumentos «ex post».*

La incapacidad de los causantes para indemnizar por el daño causado, así como la facilidad para que escapen a la imposición de responsabilidad (101) hacen preferibles socialmente los criterios ex ante. La consideración adicional sobre quién posea mejor información sobre el riesgo y esté en la mejor posición para reducirlo, así como la ulterior sobre la importancia de los costes administrativos que comportan (102), aconsejan con frecuencia la variación del criterio anterior y sus sustitución por el empleo de procedimiento ex post (103).

*Preferencia de la acción privada frente a la pública (Estado).*

La dispersión del daño entre las víctimas tiende a hacer superior la acción pública. Pero, de nuevo dependiendo de si quien está en mejor posición sobre la información relevante (104) es el Estado o son los particulares, será preferible la acción pública o la privada, respectivamente.

*Preferencia de la acción penal.*

La insuficiencia económica de quien causa daño puede ser una objeción no fácilmente salvable por las restantes medidas (no penales). La probabilidad de que el causante del daño eluda la acción administrativa de detección obligaría a aumentar consecuentemente las sanciones monetarias; y si la posibilidad de elusión de la detección fuese muy grande, podría ser necesario incrementar cualitativamente la sanción, pasando de lo monetario a la privación de libertad.

Por otra parte, el hecho de que el acto ocasionador del riesgo produzca al causante beneficios que la sociedad considere ilícitos (105) hace que el tamaño de la responsabilidad civil óptima deba ser superior (106), y si éste fuese muy elevado aconsejar en ocasiones el empleo de medios penales de privación de libertad.

En términos generales, cuando mayor sea la probabilidad y magnitud del daño, mayor es el perjuicio social derivado de no controlar adecuadamente las actividades lesivas, lo que sucedería, por ejemplo, si las sanciones monetarias no funcionaran bien; y de ahí la posible conveniencia del empleo de vías penales.

*La responsabilidad civil en ese contexto*

La responsabilidad civil es un procedimiento ex post, de acción privada y monetaria (no penal). Con carácter general, sería preferible, co-

(101) Por ejemplo, por la dificultad en determinar la relación causal; algo muy frecuente en los daños ambientales y daños a la salud.

(102) Que sólo se arrostran ex. post. respecto a la situación de riesgo, siquiera potencial.

(102) Aunque no siempre.

(103) Sobre el riesgo o sobre el acaecimiento de los daños.

(105) Por ejemplo, conducir en dirección prohibida en autopistas.

(106) Daño más beneficio ilícito.

mo instrumento frente a los demás, cuando los activos del causante no fueran bajos en relación al daño causado; cuando el conocimiento del causante sobre el riesgo fuese superior al de la autoridad pública, y cuando las víctimas hubieran de ser motivadas para suministrar información al Estado porque la que éste posee fuera escasa.

Finalmente un par de observaciones. De una parte, sobre el empleo de los referidos mecanismo alternativos de controlar el riesgo, no hace falta advertir que muy frecuentemente el sistema social óptimo de protección de la seguridad requiere el uso combinado de varios de los instrumentos y procedimientos antes citados.

Por otra parte, sobre el *papel actual y futuro del sistema de responsabilidad civil y del derecho de accidentes* (107), los estudios sobre el impacto disuasorio que, sobre las actividades creadoras de riesgo pueda tener amenaza de la responsabilidad civil y del derecho de accidentes parecen ser positivos (108) pero, a decir verdad, todavía escasos para poder decir algo concluyente sobre ello (109).

El sistema de responsabilidad civil ha experimentado cambios extraordinarios en los últimos cuarenta años. Si su función histórica consistió fundamentalmente en proporcionar un mecanismo compensatorio a favor de las víctimas y en disuadir actividades dañosas, la primera función (compensatoria) no parecer ser hoy tan importante desde que se desarrollaron los mercados de seguros tanto privados como sociales que proporcionan (o pueden proporcionar) un mecanismo compensatorio mejor que el de la responsabilidad civil. Hoy su función fundamental parece consistir, más bien, en la creación de incentivos para la mejora de la seguridad y para la eliminación de los riesgos.

Por ello, su papel futuro será probablemente menos importante en muchas áreas en que quizá se vea desplazado por el seguro, en especial unido a la regulación sobre seguridad. Pero a pesar de dichos cambios y de las duras críticas que sufre —centradas sobre todo en lo costoso del sistema—, la inmensa mayoría de los estudiosos consideran improbable que el sistema de responsabilidad civil desaparezca, un criterio que compartimos.

(107) Véase SHAVELL *Economic Analysis...*, 1987, capítulo final.

(108) Esto es, parece mostrar que efectivamente disuade.

(109) Así como la provisión de un foro donde las víctimas y la sociedad expresen su desaprobación de ciertos actos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS


AKERLOF, A.: «The Market for Lemon. Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism», 84 *Quarerly Journal of Economics,*, 488-500.

ALPA Y BESSONE: *Atipicità dell 'illecito I: i profili dottrinali,* 2.ª ed., Milano 1981.

ALPA Y BESSONE: *I fatti illeciti* en Tratado Rescigno, Milano, 1985.

ATIYAH: «Negligence and Economic Loss» 83 *L.Q.R.,* 1967.

ATIYAH: Accidents, Compensation and the Law, 2.ª ed., London, 1978.

BERCOVITZ (Rodrigo): «La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios» en *Estudios jurídicos sobre proteccion de los consumidores* Alberto y Rodrigo Bercovitz autrs), Madrid, 1987.

BESSONE: «Responsabilità per «negligence» e teoria dell illecito (Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica)», en *Riv. Trim dir. e proc. civ.,* 1974.

BISHOP: «Economic Loss: A reply to Professor Rizzo». 1 *Ox J. Legal Stud.,* 1982.

BISHOP Y SUTTON «Efficiency and Justice in Tort Damages: the Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule», en 15 *J. Legal Stud.,* 1986.

BONILINI: «Il danno non patrimoniales», en *N.G.C.C.,* 1985, II.

BORGO: «Causal Paradigms in Tort Law» en 8 *J. Legal Stud.,* 1979.

BROWN: «Toward an Economic Theory of Liability», en 2 *J. Legal Stud.* 1973.

CAFERRA: «I limiti del danno risarcibile nella tutela aquiliana del crédito» en *Foro it.,* 1973, I.

CALABRESI: «Optimal Deterrrence and Accidents» en 84 *Yale Law Journal,* 1975.

CALABRESI y KLEVORICK: «Four Tests for Liability in Torts», en 14 *J. Legal Stud.,* 1985.

CALABRESI: *El coste de los accidentes,* Trad. española, Barcelona, 1984.

CALABRESI: «Concerning Cause and the Law of Torts, An Essay for Harry Kalven Jr.», en 43 *U. Chi. L. Rev.* 1975.

CALABRESI: «La responsabilità civile come diritto della società mista», en *Pol. Dir,* 1983.

CALABRESI: «First Party, Third Party and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?» en 69 *Iowa L. Rev.,* 1984.

CANE: «Justice and Justifications for Tort Liability» en 2 *Ox. J. Legal Stud.,* 1982.

CARBONE: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile,* Napoli, 1969.

CAVANILLAS MUGICA: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia,* Pamplona, 1987.

CAVANILLAS: *Responsabilidad civil y tutela del consumidor,* Palma de Mallorca, 1985.

CASTRONOVO: «Inattuazione della prestazione de lavoro e responsabilità del terzo danneggiente», en *Mass. Gir. Lav.,* 1981.

COASE: «The Problem of Social Cost», 3 *J. Law & Econ.,* 1960.

DE ANGEL: *La responsabilidad civil,* Bilbao, 1988.

DIAZ ALABART: «Comentario a la S.T.C. de 2 de marzo de 1988», en 12 Poder Judicial. 1988.

DONALDOSON: «Zum Problem der sicheren Bemmessung des Schemerzensgeldes, *AcP*, 1966.
DWORKIN: *A Matter of Principle*, Oxford, 1986, p. 240. (Publicado originalmente en 9 *J. Legal Stud.*, 1980 p. 191 con el título «Is Wealth a Value?».
EPSTEIN: «Intentional Harms» en 4 *J. Legal Stud.*, 1975.
FABRICIUS: «Zum Dogmatik des» «Sontigen Rechts» gemäss par. 823. I BGB en *AcP*, 1961.
FELDTHUSEN: *Economic Negligence*, Toronto, 1984.
FERNANDEZ COSTALES: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987.
FERRANDO: «La lesione del diritto di credito da parte di terzi», en *N.G.C.C.*, 1985, II.
FLEMING: *The Law of Torts*, 6.ª ed., Sydney, 1983.
FLEMING: «C'è un future per i torts?», en *Riv Crit. Dir. priv.*, 1984.
GALGANO: *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, en 1 Contratto e impresa, 1985.
GOETZ: *Cases and Materials on Law and Economics*, St. Paul, 1984.
GRADY: «A New Positive Economic Theory of Liability», en 92 *Yale Law Journal*, 1983.
HADDOCK y CURRAN: «An Economic Theory of Comparative Negligence», en 14 *J. Legal Stud.*, 1985.
HAGEN: «Haftung bei Störung der Energiezufuhr», en *J.Z.*, 1979.
HART y NELL: *Rational Economic Man: A Philosophial Critic of Neoclassical Economics*, 1975.
HUBER: «Normzweecktheorie und Adäquanztheorie», en *J.Z.*, 1969.
JACKSON y POWELL: *Professional Negligence*, 2.ª ed, London, 1987.
KANT: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. esp. 8.ª ed., Madrid, 1983.
LANDES y POSNER: «An Economic Theory of Intentional Torts», en 1 *Intl. Rev. Law & Econ.*, 1981.
LANDES y POSNER: «Joint an d Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis», en 9 *J. Legal Stud.*, 1980.
LANDES y POSNER: «Causation in Tort Law: An Economic Approach», en 12 *J. Legal Stud.*, 1983.
LANGE: *Schadensersatz*, Tübingen, 1979.
LEFF: «Economic Analys of Law: Some Realism about Nominalism» en *Va. L. Rev.*, 1975.
LINDEN: *Canadian Tort Law*, Toronto, 2.ª ed., 1983.
MARKESINIS: *The German Law of Torts*, Oxford, 1986.
MEDICUS: *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 2.ª ed., München, 1986.
MEDICUS: *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 3.ª ed. München, 1987.
O'CALLAGHAN: «Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual, en *A.C.*, 1986.
POSNER: *Economic Analysis of Law*, 3.ª ed. Boston, 1986.
PROSSER y KEETON: *On Torts*, 5.ª ed. St. Paul, 1984.
REA «The Economic of Comparative Negligence» en 17 *Int'l. Rev. L. & Econ.*, 1987.

RIZZO: «The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop» en 1 *Ox. J. Leg. Stud.*, 1982.
RIZZO: «A Theory od Economic Loss in the Law of Torts», 11 *J. Legal Stud.*, 1982.
RODOTA: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.
RUBIENFELD: «The Efficiency of Comparative Negligence» en 16 *J. Legal Stud*, 1987.
SALMOND y HEUSTON: *On the Law of Torts*, 18.ª ed., London, 1981.
SALVADOR CODERCH: *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987.
SALVADOR CODERCH: «Comentario a la sentencia de 26 de julio de 1985», en 9 *C.C.J.C.*, 1985.
SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», en R.D.P.*, 1984.
SCHWARTZ: «Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal», en 87 *Yale L.J.*, 1978.
SHAVELL: «Strict Liability versus Negligence», en 9 *J. Legal Stud.*, 1980.
SHAVELL: *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.), 1987.
STOLJAR: «Accidents, costs and Legal Responsibility», en 36 *The Modern Law Review*, 1973.
TOURNEAU: *La responsabilitè civile*, 3.ª ed., 1982.
TUCCI: *Responsabilidad civil y daños injustos*, en LIPARI (dir.) *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza.* trad. esp. Bolonia, 1980.
TUNC: *La responsabilitè civiele*, París, 1981.
VALJANOVSKI: «Economic Theorising about Tort», *Current Legal Problems*, 1985.
VINEY y MARKESINIS: *La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, París, 1985.
VISINTINI: «Ancora sulla lesione del credito ad opera di terzi» en *Giur. it.*, 1973, IC.
VISINTINI: *I fatti illeciti I: Ingustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987.
VON CAEMERER: «Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht», en *Gesammelte Schriften I.*
VON CAMERER: «Wandlungen des deliktsrechts», en *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1968.
WILIAMS: «The Foundation of Tortious Liability», en 7 *Camb. L. J.*, 1938.
WILLIAMS: *Joint torts and contributory Negligence*, London, 1951.
WILLIAMS: «The Aims of the Law of Tort», en *Current Legal Problems*, 1951.
WINDSCHEID: *Diritto delle pandette*, trad. it., Torino, 1904.
ZEUNER: «Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens in Zivilrecht» en *J.Z.*, 1966.