

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Felipe Osterling Parodi*

Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

Mario Castillo Freyre**

Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

La noción de responsabilidad ha tenido un proceso bastante laborioso y largo en la historia del derecho.

El término «responsabilidad» no existía en el derecho romano. En el derecho ilustrado, al menos desde el siglo XIII, figuraba la palabra «responsable», la misma que se tornó bastante habitual bajo el Antiguo Régimen por intermedio de *responsum*, que deriva de *respondere*¹, el mismo que significa «estar obligado». Pero este concepto tan amplio no es el que técnicamente interesa al desarrollo de la voz «responsabilidad».

Por lo pronto, los diccionarios latinos no contienen un significado análogo al término «responsable» (*responsabilis*).

El comienzo institucional de la responsabilidad, bastante embrionario, aparece caracterizado por la intención de fijar o concretar criterios jurídicos mediante proyecciones conceptuales que le excedían, como eran las religiosas.

La primitiva concepción de justicia se reflejaba en la venganza privada, donde cada persona procuraba hacerse justicia causando un daño idéntico a otro. Ese uso constante de la venganza fue cobrando una jerarquía institucional más orgánica. Lo que al inicio fueron

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código civil de 1936, que dio origen al Código civil de 1984. En tal condición fue ponente del libro VI sobre las obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio en el Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

¹ «Respondere remite a *sponsio* y a *spondere* (de donde viene *sponsus*, esposo, novio). El *sponsor* es un deudor: el hombre que en el diálogo de la 'estipulación', por medio de una respuesta afirmativa a la pregunta del 'estipulante', futuro acreedor, se compromete a realizar alguna prestación; por ejemplo, a contraer justas nupcias con cierta mujer. El *responsor* era, específicamente, el fiador; en un segundo cambio de palabras, éste se obligaba a responder de la deuda principal de otro. El vocablo 'responder' implica, desde entonces, la noción de saberse garante del curso de los acontecimientos que van a suceder». (VILLEY, MICHEL. «Esbozo histórico sobre la palabra 'responsable'». En: *Cuadernos de derecho*. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, año 3, n.º 4, Lima, 1994, p. 9).

reacciones o impulsos, se transformaron después en derecho y así aparece la llamada Ley del Talió (*verbigracia* Código de Hammurabi, los textos del Pentateuco, el Código chino de los Cinco Reyes, el libro hindú de las Leyes de Manú, el Zend-Avesta persa, el régimen jurídico de los Menangkabao -regiones centrales de Sumatra-, el régimen jurídico de los Battaks, etc.).

Antes de continuar, y a modo de ejemplo, veamos lo que ocurría entre las mencionadas tribus de Sumatra y los Battaks.

Dentro de los Menangkabao, el incumplimiento voluntario de la obligación ponía en juego dos elementos coactivos: el embargo (*tarik*) y la reducción del deudor. Los sujetos de acción eran primeramente las comunidades domésticas.

Dentro de los Battaks, los sujetos eran las familias, no los individuos, y sólo por excepción actuaban estos últimos. No había *tarik*, pero sí la esclavitud.

Eran los tiempos en que predominaba la venganza primitiva, pero también la época en que se veía la necesidad de ir sustituyendo ese incipiente tipo de sanción, por un ataque directo al patrimonio y no a la persona.

Así, se pensó en la posibilidad de que el ofendido renunciara a su derecho de venganza por el pago de una suma de dinero, a lo que se llamó «composición», instituto que -según informan los autores- comenzó como voluntario para transformarse luego en uno legal.

Es interesante, sin embargo, observar algunos otros rasgos concretos de la extensa evolución del concepto de responsabilidad.

En el derecho romano primitivo se presentaba una grave confusión entre los conceptos de «reparación» y «pena». La infracción cometida en el campo contractual era considerada como la producida fuera del contrato².

El tema conductor o *leitmotiv* del régimen romano de reparación de daños, no era necesariamente la culpa, sino la defensa de una justa repartición de los bienes distribuidos entre las familias, de un justo equilibrio (*suum cuique tribuere-aequabilitas*). Cuando intervenía una ruptura de este equilibrio, un perjuicio contrario al derecho y a la justicia (*damnum injuria datum*), entonces entraba en juego la llamada justicia correctiva, cuya función sería mitigar el desequilibrio.

Cuando la culpa ganó el terreno de la reparación del daño injusto, el término «injuria» no se refería en nada a la falta subjetiva, sino al hecho objetivo, al atentado contra el derecho, a la usurpación del derecho ajeno.

La sanción no se relacionaba con el reproche que merecía la conducta dañosa obrada. La responsabilidad del autor era puramente objetiva y surgía por la sola circunstancia de producirse la injuria. La aparición del daño acarrea la imposición de las penas, sin distinguir o diferenciar los factores que podían generarlo³.

² La distinción entre ambas ilicitudes, se dice, nació de modo circunstancial. La Ley Aquilia reprimía hechos positivos y no negativos. El incumplimiento contractual pertenecía a este tipo. Entonces se concedió al acreedor la acción derivada del contrato y la responsabilidad contractual se confundió con el contenido de éste. (ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1955, Tomo XXIV, p. 796).

³ Según sostiene Colombo, de ello derivaban dos consecuencias primordiales: el resarcimiento se identificaba con las sanciones punitivas y no existía línea divisoria entre las injurias del derecho privado y las del derecho público. Corolarios ineluctables: los inocentes corrían siempre el riesgo de pagar como pecadores, los castigos no guardaban proporción con la gravedad de las lesiones y la equidad no servía de base a la justicia (y es que en los ordenamientos jurídicos primitivos no había diferenciación entre responsabilidad civil y penal; todas las sanciones tenían el mismo carácter; la

Dentro de este contexto, anotan los autores que nada más admirable tiene la historia del derecho privado que el desarrollo del concepto de culpa y de las distinciones introducidas en ésta, según la diversidad del «medio» en que debía apreciarse y evaluarse la injuria.

Así, Chironi⁴ ilustra que ya en los orígenes de las concepciones jurídico-sociales, donde la razón individual da contenido a la injuria, y medida a la reparación, en el derecho más antiguo, aquélla estaba constituida por el solo daño injustamente ocasionado; y la garantía de la ofensa consistía en la pena, sin calcular para nada la imputabilidad del daño y sin establecer proporción entre éste y el resarcimiento impuesto; siendo el daño, de por sí, una injusta ofensa que excitaba la venganza, la justa reacción del ofendido.

Dada esta relación entre los conceptos de daño y ofensa, de reparación y pena, mal podía existir la distinción entre culpa contractual y extracontractual. Ello -opinan los autores- es un resultado del análisis llevado a cabo en la ruda concepción primitiva sobre injuria, culpa y responsabilidad.

Que el derecho derivase o no de contrato, el faltarle era ofenderlo, y el ofendido inducía la pena. El concepto de delito (íntimamente ligado a los términos de ofensa y pena) intervenía dominante en las relaciones contractuales, sobre todo cuando se apreciaba la existencia de una violación causada por el obligado.

De este modo, la ofensa (el daño) era lesión del derecho. De ello se deriva la concepción generalizada sobre reparación, en el sentido de dar a ésta el carácter de penalidad exagerada, excesiva como el espíritu de venganza.

Dentro de este orden de ideas, la *Ley de las XII Tablas* dispuso no sólo las formas especiales de *iniuria*, sino también la obligación de resarcir el daño injustamente acarreado: *rupitía sarcito*. En ella, quedan muchas y notables huellas de la concepción antiquísima que atribuye carácter de delito a todo daño injustamente causado (injuria objetiva), y el de pena a la sanción opuesta a la ofensa⁵. Frente a los delitos de injuria (en sus varias formas: hurto, corte de

finalidad principal era preservar la paz social y evitar que cada individuo se hiciera justicia por sí mismo. No se hacía distinción entre el autor culpable o inculpable, ya que -como se dijo- no sólo era objetiva, sino además colectiva, pues en determinadas circunstancias se extendía a los familiares del autor, o al jefe del grupo a que aquél pertenecía, aunque estos fueran totalmente ajenos al acto. En lo que difiere la doctrina romana de la actual, es en el hecho de que la culpa del demandado no era la causa de la obligación civil contractual, ni penal). La verdadera y esencial causa de la obligación estaba dada por el desorden ocasionado en una relación entre varias personas y la reacción de la justicia no sólo conmutativa, sino también correctiva y reparadora. Inclusive seguida de un daño, la culpa no era suficiente para hacer responsable a alguien. A ello se suman otros factores: el tipo de daño ocasionado por la otra parte, la víctima, la naturaleza de la materia discutida en la causa, el conjunto del asunto. La culpa no era una condición necesaria.

De ahí que los juristas romanos conocieron múltiples supuestos de responsabilidad sin culpa, entre ellos los siguientes: la acción *pauperis*, la obligación de reparar el daño causado por la caída de una teja; aquella del *pater familias* por los daños resultantes de los actos realizados por sus servidores. De éstos, el derecho francés derivó a los siguientes: 1) se es responsable del daño causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, de las cosas que se tienen bajo su guarda; 2) el propietario de un animal es responsable del daño que éste ha causado; 3) el propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina. (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil, obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1987, Tercera Edición, Tomo III, p. 518).

⁴ CHIRONI, G.P., *La culpa en el derecho civil moderno. Culpa Extra-Contractual*. Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1904, Segunda Edición, tomo I, p. 9.

⁵ Es cierto que en algunos actos ilícitos especiales (hurtos, por ejemplo) aparece la consideración subjetiva del *animus* del agente; pero no para adecuar la sanción al hecho, sino para diferenciar objetivamente cada una de las lesiones. También es cierto que el impúber, por incapacidad, estaba

plantas, daños en las cosechas), castigados con pena, otros eran considerados por la ley como suficientemente castigados con la obligación de reparar el daño en forma de *noxia* (reparación ante el daño resultante de un delito), según la determinación del árbitro. No importaba que en estos últimos hechos el elemento subjetivo estuviese completamente descuidado y que se tomase en consideración el daño (destrucción y deterioro: *rupitias*), en cuanto dirigido a una cosa corporal (*rem rumpere, rem frangere*); ni tampoco importaba que la prestación del resarcimiento se hiciese, por lo general, en natura (*noxia*), y que en los demás casos, y cuando dicho modo de reparación no era posible, la ley no estableciera criterio alguno para la determinación del valor.

Sin embargo, pese a estas sutiles imperfecciones, ya era un progreso la distinción descrita según la gravedad de los hechos y el haber ordenado el concepto de resarcimiento del modo que parecía corresponder mejor al daño injustamente ocasionado.

Por su parte, la Ley Aquilia, innovando a Las XII Tablas en materia de *iniuria*, lo que hizo fue cambiar la pena. Con ella, la *iniuria* originaba la obligación (responsabilidad) nacida de *rumpere*. Esta locución muestra qué daño se sobreentendía: el del contacto directo del causante, pues el daño debía ser producido *corpore et corpori*.

Al respecto, anota Chironi⁶ que ello era una materialidad mal concordada o avenida con la idea expresada por la ley en términos generales, pero como quiera que los derechos sobre una cosa suponían la facultad de tenerla y sujetarla directamente, el daño en ella se restringía a los términos del deterioro material, derivado del contacto del cuerpo ofendido con el cuerpo del ofensor. En este contacto injustamente lesivo estaba la ofensa y la razón de la responsabilidad.

Las dos acciones que demuestran la extensión dada al concepto del daño ilícito eran la *actio utilis Aquilia* (perjuicio ocasionado a la cosa sin ejercitar sobre ella un acto físico: *corpore*) y la *actio in factum Aquilia accomod* (sin que se ofendiese a su materialidad física: *corpori*).

Nótese que el concepto primitivo de ofensa contenía un alto grado de materialidad, un acto exterior que manifestara la violación del derecho, esto es la violación corporal de la cosa objeto del derecho; pero luego se percataron que también podía derivarse el daño de una omisión, y con ello se completó la figura de la injuria, observando que el derecho puede obligar a «no omitir» y, por consiguiente, a «hacer».

Así aparece completada la entidad del derecho, por la cual su titular puede accionar contra las ofensas que le dañan, lesión contenida ya sea por actos o hechos positivos dolosos o culposos, ya por hechos negativos, calificados de ilícitos cuando el respeto del derecho impone al agente la obligación de hacer. Considerada así, la violación del derecho, la *iniuria*, su valor jurídico en la institución de la culpa aquiliana no se restringe sólo a los hechos positivos (*culpa in faciendo*), ya que también la culpa *in non faciendo* puede darle causa.

En suma, el concepto del daño y de la figura primitiva del *damnum corpore corpori datum* (daño material causado a un cuerpo u objeto) se pudo extender, como se hizo, y ampliar, hasta comprender el daño causado *corpore non corpori* y no *corpore corpori* sin que ello significara que en la noción de la ofensa entraran todos los hechos que a la concepción integrada

exento de pena; pero no lo es menos que estaba obligado siempre al resarcimiento del daño (*noxiam sarcire*). Asimismo, la venganza, desaprisionada del sentimiento del ofendido, incidía en los términos de la pena determinada por la ley; pero todavía permanecía casi íntegra en algún caso (*talio*). «Defectos eran éstos que no era posible esquivar en un estudio tan imperfecto del derecho, y que, en parte, se compensaban por la distinción de los varios delitos privados, según la penalidad correspondiente». (CHIRONI, G.P. *Op. cit.*, tomo I, p. 27).

⁶ CHIRONI, G.P. *Op. cit.*, tomo I, p. 31.

del derecho y a la delicadeza del sentimiento jurídico progresivo debían parecer y parecían formas de lesión injusta.

Toda injuria objetiva, toda ofensa, era por sí injuria, en el sentido de hecho jurídico causante de responsabilidad, sin que exista huella de la culpa (injuria subjetiva) como elemento esencial para la construcción de la relación obligatoria.

Más adelante, en la época en que el Estado, con la «composición legal» castiga a los culpables, y los particulares se conforman con la indemnización, cobra desarrollo una idea de responsabilidad de sentido más acorde con la actual.

La confusión entre pena y reparación se cambia más bien por la distinción entre ellas. En un proceso de profunda espiritualización de los conceptos nace la idea de la culpa como auténtico eje de la responsabilidad. Ello acontece en el propio derecho romano con los juristas de fines de la República. Influidos por ideas griegas, muy especialmente en el caso de Quinto Mucio Scaevola, toman la idea de la culpa aquiliana y, en materia contractual, vinculan la culpa con las ideas de buena fe y diligencia.

Del primer significado etimológico de la palabra «responsable», que señalaba -en resumen- que eran responsables todos aquellos que podían ser llamados ante cualquier tribunal, porque sobre ellos pesaba una cierta obligación, sea que su deuda procediera o no de un acto de su libre voluntad, muy lentamente la humanidad se fue desprendiendo de esa idea «material» del obrar, que no advertía que los actos humanos son tales por la carga intencional que los anima, pue., como anota Jorge Joaquín Llambías⁷, desprovistos de esa calidad personal quedan destituidos de su dignidad para pasar a ser simples hechos del mundo animal, externos al hombre.

Más adelante, en el lenguaje de la moral cristiana de la Edad Media, el derecho es repensado a partir de una legislación que gobierne la conducta humana. La idea de responsabilidad es entendida en la óptica de la moral, y reemplaza al viejo *leitmotiv* de la justicia, convertida así en la piedra angular del orden jurídico.

Resulta indiscutible que el derecho ha sido incluido o comprendido como una prolongación de la moral, de ahí que el iusnaturalismo se basa en preceptos de moralidad. La regla de origen cristiano-estoico que reza que cada uno debe sostener sus promesas, sirve de axioma al derecho de los contratos. Sin embargo, existe otra regla que los autores apuntan como una de las más utilizadas entre los profesores de moral del siglo XVII: cada uno de nosotros estaría obligado, si ha causado daños a su prójimo, a restituir, a poner las cosas en el estado anterior, a reparar los daños cometidos por su culpa⁸.

⁷ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 519.

⁸ Al respecto, en torno al uso lingüístico del término «responsabilidad», Villey señala que se trata de un vocablo híbrido, y su significado más expandido aquel que proviene de la moral individualista moderna (en nuestra cultura -sostiene-, la moral tiene mayor espacio que en el derecho romano). Apunta que si se estima oportuno hablar un lenguaje coherente, parece que el antiguo sentido conviene más a las necesidades específicas del derecho antes que el uso que le dieron los moralistas. La moral no tiene por qué decir todo. Ella encierra en sus conceptos, a través de los actos de la vida cotidiana, sólo un aspecto unilateral. Ella no considera sino la conducta del individuo: se concentra sobre sus intenciones subjetivas. En tanto, al jurista conviene una aprehensión más amplia del fenómeno, apuntando a captar relaciones entre la pluralidad de sujetos: el autor de un delito, la víctima y la sociedad circundante. Las palabras del derecho tienen por función expresar esas visiones de conjunto. El sentido del término «responsable» que los modernos han tomado del discurso de la teología, o de la filosofía moral, tiene en la ciencia del derecho el rol de una pieza intrigante, embarazosa y perturbadora. Ha orientado a los juristas hacia soluciones insostenibles, obligándolos, seguidamente,

Por otro lado, la nota distintiva en el recuento histórico de la responsabilidad civil está dada por la obra de Grocio, el fundador de la escuela moderna del derecho natural, quien en su *Tratado del derecho de la guerra y de la paz*, prescribe que cada uno debe «reparar el daño cometido por su falta».

Esta misma regla luego pasaría al *Code Napoléon* en su art. 1382º, el mismo que señala: «Todo hecho cualquiera del hombre, que causa a otro un daño, obliga a quien por cuya culpa ha ocurrido, a repararlo».

Se aprecia que en el antiguo derecho francés la responsabilidad estaba ligada a la noción de culpa: por un lado, no hay responsabilidad sin culpa; pero al mismo tiempo cualquier acto de culpa -por mínima que sea- obliga a reparar el daño que con él se causare.

Al respecto, Domat⁹ -jurisconsulto del antiguo derecho francés-, luego de distinguir tres clases de culpa (la que se manifiesta en un crimen o en un delito, la que se comete en el cumplimiento de los contratos y la que no se relaciona con las convenciones ni con los delitos o crímenes, por ejemplo si por ligereza se arroja cosa por una ventana que estropea un traje; si animales mal cuidados hacen algún daño; si se causa un incendio por una imprudencia; si un edificio que amenaza ruina y no es reparado, cae sobre otro y produce daño), afirma rotundamente: «Si sobreviniese algún daño consecuencia imprevista de un hecho inocente, sin que se le pueda imputar culpa al autor de ese hecho, él no resultará obligado por esa derivación. Pues ese acontecimiento tendrá cualquier otra causa junto a tal hecho, sea la imprudencia de quien haya sufrido el daño, o algún caso fortuito. Y es a esa imprudencia o a ese caso fortuito que el daño debe ser imputado».

Todos los autores del derecho antiguo admiten, por lo demás, sin siquiera sospechar la posibilidad de una discusión, que no hay responsabilidad sin culpa. Y en el Repertorio de Guyot se lee: «Para que un hombre pueda ser responsable del mal del cual ha sido la causa es preciso que haya una culpa en su acción».

El propio Domat dice que todas las pérdidas y los daños que pueden ocurrir por el hecho de alguna persona, sea por imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que se debía saber, u otras culpas semejantes, por leves que puedan ser, deben ser reparados por aquel cuya imprudencia u otra falta los ha originado, pues es un error que él ha hecho aunque no tuviera intención de perjudicar. Así, quien jugando imprudentemente al *croquet* o *mail*, en un lugar donde podía haber peligro para los transeúntes, hiere a alguno, estará obligado por el mal que él ha causado.

También se enseña que igual evolución, aunque más tardía, experimentaron el antiguo derecho germánico¹⁰ y el *common law*¹¹.

para salvar las buenas soluciones, a multiplicar las ficciones (llamar culpa a aquello que no lo es) y a perderse en un laberinto de discusiones interminables en torno a un vocablo equívoco.

Si hubieran conservado el antiguo significado propiamente jurídico del término, finaliza Villey, los juristas habrían evitado una buena parte de esas ficciones y controversias. Al menos habrían ganado tiempo. He allí aquello que aporta la historia de la filosofía del derecho. A decir verdad, es poco: ya que las oportunidades no son suficientes como para que alguien llegue a cambiar el lenguaje de su época (VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 17).

⁹ Citado por LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil, obligaciones*. Cuarta Edición actualizada por Patricio Raffó Benegas. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1983, tomo I, p. 521.

¹⁰ Según Horvath, en el antiguo derecho alemán se emplearon originariamente dos tipos de sanciones penales y civiles a la vez: la venganza de sangre o *Bultrache* (consistente en una reacción directa de los familiares del damnificado contra el actor), y la negación de la paz o *Friedlosigkeit* (persecución y exilio). Con el tiempo fueron reemplazados por el sistema de la «composición», que consistía en el pago de una suma de dinero. Este pago podía ser de tres clases: el *Wergeld*, que tenía carácter de indemnización de daños y perjuicios; el *Buse*, que también se pagaba al damnificado o a sus parientes,

La doctrina del siglo XIX elaboró la teoría de la responsabilidad civil, fundamentándola sobre el principio del art. 1382º del Código civil francés. Éste es el sésamo que abriría todas las puertas y bajo el cual, muchos autores, proponen colocar todas las soluciones¹².

En lo que respecta al Perú, la materia de la responsabilidad ha estado presente desde nuestros primeros cuerpos sustantivos, vale decir, los Códigos civiles de 1836¹³ y 1852;¹⁴ pero

pero en calidad de pena; y el *Friedegeld*, que se pagaba como pena a la comunidad. En todos estos casos la responsabilidad era predominantemente objetiva, pues lo que más interesaba no era la intención del actor sino las características del hecho y las de la víctima.

En los comienzos de ese antiguo derecho germánico -ley sálica, ley sajona, ley frisona, edicto Rotario- el concepto jurídico de culpa no sólo era ignorado, sino también toda proporción entre la ofensa y la indemnización, confundándose así las diversas especies de actos ilícitos. El responsable era tenido por tal en virtud del poder que ejercía sobre sus bienes, sobre su persona y sobre la persona de sus dependientes, sin que el elemento subjetivo desempeñara un papel de importancia. Más tarde, la influencia del derecho romano, posterior a la Ley Aquilia, se hizo sentir notablemente en todo el centro europeo, invirtiendo el criterio apreciativo de ciertos hechos *contra ius* y colocándolos en una categoría hasta entonces desconocida. Paulatinamente se fueron diferenciando los elementos primordiales que calificaban a los actos dañosos, comprendiendo que no siempre la lesión producida, podía traer aparejada la obligación de indemnizar, y que no siempre, tampoco, el resarcimiento podía ser análogo, equivalente o sustitutivo de las penalidades propiamente dichas (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, pp. 521 y 522).

¹¹ El derecho consuetudinario inglés o *common law*, adquirió cuerpo y entidad propia a partir del reinado de Enrique II, quien en el siglo XII organizó los primeros tribunales de justicia permanente y les prescribió el deber de ajustar sus decisiones a sus propios precedentes. Acerca de la materia, el *common law* sustentó un régimen de responsabilidad objetiva, pues los tribunales se preocupaban primordialmente de mantener la paz en la sociedad, proveyendo un remedio sustitutivo de la venganza privada. La cuestión se analizaba desde el punto de vista del damnificado, a quien no importaba la intención sino únicamente la reparación del perjuicio. Este enfoque se mantuvo inalterable hasta fines del siglo XVII. A partir del siglo XVIII surgió una fuerte tendencia hacia el examen de la actitud subjetiva del actor y de la inmoralidad de su conducta. Así, en 1707 una ley del Parlamento derogó expresamente el sistema hasta entonces vigente de responsabilidad objetiva por daños derivados de incendios y estableció el requisito de la culpabilidad del titular de la edificación donde se originó el incendio. Pero la responsabilidad por los daños causados por animales continuó siempre siendo objetiva. La corriente subjetivista fue la predominante en el siglo XIX (WENDELL HOLMES, Oliver. Citado por LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 522).

¹² A decir de Michel Villey (VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 15), esta materia denominada «Teoría general de la responsabilidad civil», está íntegramente bajo la égida de la responsabilidad moral, pero -sobre todo- es un producto académico, un producto de la licencia del espíritu sistemático, un andamio hecho sobre el modelo de las «construcciones» de la escuela histórica alemana y que experimenta los efectos de la influencia de la filosofía kantiana.

¹³ Sabido es que los primeros cuerpos sustantivos que regularon las relaciones jurídicas entre los ciudadanos residentes en el Perú, fueron los denominados Códigos de la Confederación Perú-Boliviana o Códigos de Santa Cruz, de 1836. Sin embargo, un año antes de su entrada en vigencia, Manuel Lorenzo de Vidaurre presentó la segunda parte de su Proyecto de Código Civil Peruano, referido al Dominio y a los Contratos, el mismo que estaba dividido en 23 títulos y éstos en artículos. Es en el art. 18º del título 8º De las obligaciones, donde se puede apreciar el término «responsabilidad», a saber: art. 18º: «El que se obliga por el hecho ajeno no tendrá otra obligación, que a practicar todas las diligencias activas, que conduzcan á que se efectúe lo prometido, a no ser que del tenor de la obligación, resulte otra *responsabilidad*».

Sobre el particular, el propio Manuel Lorenzo de Vidaurre (DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Op. cit.*, p. 137), señala lo siguiente: «Los civilistas están conformes, en que practicando, el que se obliga por el hecho ajeno cuanto no está de su parte, para que se realice, si esto no se logra, no queda en él ninguna responsabilidad, salvo que se sujetase a alguna pena, o que quisieren sustituirse en el hecho, si el otro no lo cumplía. Los canonistas dicen, que por la equidad de su derecho, queda obligado el que

atendiendo al antecedente más reciente, es decir al Código civil de 1936,¹⁵ el tema que ahora nos ocupa integraba el título IX de la sección tercera del libro quinto del derecho de obligaciones (arts. 1318° a 1327°)¹⁶.

prometió, como si desde el principio hubiese ofrecido hacer la cosa por sí mismo. Presentan los argumentos de varios capítulos. Entre ellos el Eleuterius en la distinción 91 que costaría mucho trabajo para hallarle la más distante analogía con el asunto á que se quiere aplicar. El que se obliga por el hecho ajeno no tendrá otra obligación, que practicar todas las diligencias activas para que se efectúe la promesa -a no ser que del tenor de la obligación resulte otra responsabilidad-. Sobre si se puede prometer que se dará la cosa ajena, corresponde al título de donaciones. Anticipo solamente el principio: *quod nostrum est sine ipso nostro ad alium transferi non possit*.

Por lo demás, de la lectura y revisión al citado cuerpo legislativo, no se divisa referencia alguna a la culpa, ni aun en el tema del mandato (título 15).

El Código civil de 1836, por su parte, trataba el tema en sus arts. 730° a 903°. Así, por ejemplo, el art. 742° disponía: «Es responsable el deudor a los intereses y daños, cuando ha sido moroso en cumplir con su obligación, a no ser que la cosa que se hubiese obligado a dar o hacer, no pueda darse o hacerse, sino en un cierto tiempo, que ha dejado pasar»; y el art. 743° establecía: «El obligado, aun cuando no haya mala fe de su parte, será condenado al pago de intereses y daños, ya sea que resulten de omisión, o ya de tardanza en el cumplimiento de la obligación, siempre que no justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputársele».

¹⁴ En el Código civil de 1852, ya se aprecia el tema de la responsabilidad ligada a la culpa. Prueba de ello son los arts. 1263° y 1265° a 1272° de ese cuerpo legal, los mismos que a la letra dicen:

Art. 1263°.- Desde el día en que debe entregarse una cosa, corre de cuenta del que debe recibirla, aunque no se haya entregado; pero si la persona obligada á darla, ha incurrido en mora, es de su responsabilidad, el detrimento que sufra la cosa.

Art. 1265°.- El que celebra un contrato, no solo está obligado á cumplirlo, sino también á resarcir los daños que resulten directamente de la inexecución ó contravención, por culpa ó dolo de la parte obligada.

Art. 1266°.- La culpa consiste en una acción ú omisión perjudicial á otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia; pero sin propósito de dañar.

Art. 1267°.- La culpa es lata, leve ó levisima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones ó diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levisima, la omisión de aquellos cuidados que sólo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes.

Art. 1268°.- La culpa no se presume y debe ser probada.

Art. 1269°.- Los contratantes están obligados á evitar el dolo y la culpa lata, en todos los contratos, y á responder por sus consecuencias.

Art. 1271°.- La culpa levisima se presta, por el que reporta la utilidad de los contratos unilaterales.

El que sufre el gravamen ó tiene la obligación, responde solamente por la culpa lata.

Art. 1272°.- Se entiende por daños, los menoscabos sufridos, y las ganancias que se han dejado de obtener.

Asimismo, debemos hacer referencia a los arts. 2189° a 2211°, relativos a las obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos. La distinción establecida por la ley entre una y otra figura se basa en que los delitos son los hechos practicados intencionalmente contra la ley, mientras que los cuasidelitos son los hechos ilícitos cometidos sólo por culpa y sin dolo.

¹⁵ Mucho antes de la dación del Código civil de 1936, y vigente el de 1852, la Comisión Oficial conformada por los doctores Juan Luna, Simón Gregorio Paredes, José Jorge Loayza, Manuel Santos Pasapera y Francisco Mariano Fernández, el año 1890 presentó un Proyecto de Código Civil dividido en una sección preliminar, tres libros (de las personas, de las cosas y de las obligaciones, respectivamente), cada uno de éstos -a su vez- dividido en secciones y artículos (3120 en total).

En este cuerpo normativo, el tema de la responsabilidad estaba regulado en seis preceptos que formaban parte de los principios generales que rigen las obligaciones (arts. 1436° a 1441°). Las referidas normas disponían lo siguiente:

Fueron múltiples los debates preliminares a la dación del Código civil de 1936, y no menos famosas las sesiones de la Comisión Encargada de Reformar el Código civil de 1852.

Respecto a la imposibilidad del pago, resulta necesario recordar la sesión del 19 de mayo de 1926, en que el doctor Manuel Augusto Olaechea puso énfasis en que la materia se vinculaba estrechamente con la culpa, el caso fortuito y los daños y perjuicios. Sostuvo que el Código vigente -refiriéndose al Código civil de 1852- había adoptado el sistema romano de la graduabilidad de la culpa, admitiendo tres clases de ella: *lata*, que era la falta de diligencia que hasta el hombre menos previsor no deja de tener en sus negocios; *leve*, la falta de diligencia de un padre de familia normal u ordinario; y *levísima*, que es aquella que tendría un prudentísimo padre de familia.

Art. 1436º.- El deudor es responsable de los daños y perjuicios que causa al acreedor por su morosidad en el cumplimiento de la obligación.

Art. 1437º.- Incurren en mora el que no entrega la cosa debida, después que se le exige y el que no la entrega el día señalado, caso de haberse convenido en que la entregara sin necesidad de pedírsela.

Art. 1438º.- En las obligaciones recíprocas no incurre en mora uno de los obligados, si el otro no cumple la obligación que le respecta.

Art. 1439º.- El deudor no es responsable de los daños y perjuicios que reciba el acreedor por no cumplir la obligación, cuando la falta de cumplimiento proviene de caso fortuito ó fuerza mayor; á no ser que aquel haya tomado á su cargo las consecuencias de éstos acontecimientos, ó que hayan ocurrido por su culpa, ó cuando ya había incurrido en mora, no motivada también por caso fortuito ó fuerza mayor.

Art. 1440º.- Los que contraen obligaciones convencionales deben no sólo cumplirlas, sino también resarcir los daños y perjuicios que resulten directamente de la inexecución de ellas, ó de su contravención por dolo ó culpa.

Art. 1441º.- Ni la culpa ni el dolo se presumen; deben ser probados por el que los alega en su favor».

¹⁶ El texto de las citadas normas era el siguiente:

Art. 1318º.- La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor.

Art. 1319º.- El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación.

Art. 1320º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas.

Art. 1321º.- La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula.

Art. 1322º.- 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.

Art. 1323º.- Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato.

Art. 1324º.- En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés légal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios.

Art. 1325º.- El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año.

Art. 1326º.- «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad».

Art. 1327º.- «El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella».

Por otro lado, el tema de la responsabilidad civil delictual estaba regulado como «actos ilícitos», en los arts. 1136º a 1149º. A diferencia del Código civil de 1852, la norma de 1936 establecía que cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

Según Olaechea esta división tripartita estaba destinada, resueltamente, en materia de culpa contractual, a poner en manos del juez la determinación de la responsabilidad, conforme a las circunstancias; sigue en este respecto la orientación jurídica de su tiempo. Además, agregaba que el Anteproyecto atendía a la naturaleza de las obligaciones, por estar relacionada la culpa con la índole de aquéllas y a las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas.

El Anteproyecto, a decir de Olaechea, respetaba la voluntad de las partes interesadas en la obligación y, por tanto, si ellas fijaban de antemano su responsabilidad, era de rigurosa aplicación el pacto celebrado en tal sentido; solución legal que se derivaba implícitamente de la prohibición impuesta al tratarse de dolo.

Afirmaba el insigne jurista que el derecho científico y la legislación comparada habían fijado claramente el concepto de daño resarcible, distinguiendo entre el incumplimiento derivado del dolo y el incumplimiento originado por otras causas diversas. El Anteproyecto seguía esta misma dirección. Cuando el incumplimiento se derivaba del dolo del deudor, respondía éste de todos los daños que eran consecuencia directa y necesaria de la inexecución o contravención, y cuando el incumplimiento no se derivaba del dolo, sino de la culpa o de la mora, el deudor debía resarcir únicamente los daños previstos o que hubieran podido preverse al tiempo de la celebración del contrato. En este caso la responsabilidad del deudor era menos intensa.

Así, la obligación del resarcimiento presupone no sólo el incumplimiento imputable al deudor, sino la existencia efectiva del daño; y, desde este punto de vista, la prueba del daño y de su extensión incumbe al acreedor.

Como es lógico, agregaba Olaechea, la ley establece la responsabilidad de los daños y perjuicios tanto en los casos de dolo, culpa, o simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones, como en el de contravención; y, como enseña el profesor Sánchez Román, el concepto de la contravención puede ser total o referirse sólo al cumplimiento indebido, deficiente o simplemente defectuoso.

Concluía Olaechea señalando que su Anteproyecto salvaba la deplorable confusión en que incurrió el art. 1265º del Código civil de 1852, al haber asimilado los efectos de la responsabilidad del deudor en los casos de inexecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada, equiparando las consecuencias en ambos extremos.

Consideramos conveniente, por lo demás, recordar el contenido de otras dos importantes sesiones de la Comisión Reformadora del Código de 1852, las mismas que nos permiten apreciar la concepción sobre la materia y el por qué de la regulación en los términos del Código de 1936 que, obviamente, sirvió de fuente directa para el actual cuerpo sustantivo de 1984.

La primera de dichas sesiones es la del 24 de noviembre de 1926, referente al principio objetivo derivado de la reparación de los riesgos. En el memorándum leído por el doctor Manuel Augusto Olaechea en torno al tema, destacaba lo siguiente:

«La noción eminentemente moral de la falta es hoy la única medida legal de la responsabilidad civil delictual en el Perú. Y bien, yo estimo que esta medida jurídica es de suyo suficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita. El fecundo sentimiento de la solidaridad social, que aflora en todos los pueblos cultos, aconseja admitir, como fuente de responsabilidad civil, al lado de la noción pura de la falta, el principio objetivo derivado de la repartición de los riesgos.

Según la doctrina tradicional, la responsabilidad civil delictual implica el concurso de una doble circunstancia: 1º. Una relación de causalidad necesaria entre la persona responsable y el hecho obrado, productor del daño; 2º. Una falta del agente que sea un acto ilícito o contrario al derecho, verificado por culpa o negligencia.

Es evidentemente conforme a la justicia que todo el que ha creado un riesgo responda de sus efectos con independencia absoluta del factor psicológico; y desde el punto de vista del derecho científico, la noción del riesgo tiende a asociarse a la idea romanista de la falta. Puede decirse que esta amplificación doctrinal constituye una nota característica de la civilización actual, que la legislación ha consagrado en algunos casos y que la jurisprudencia de los tribunales reitera con su elevada autoridad.

El principio del riesgo anima, en efecto, la legislación universal sobre accidentes del trabajo, y sólo este principio jurídico puede explicar satisfactoriamente la responsabilidad del agente en una multitud indefinida de casos.

Puedo citar, por vía de ejemplo, los siguientes: La responsabilidad que incumbe a una compañía ferroviaria por el incendio que causan sus locomotoras, la responsabilidad del conductor de automóviles por los daños que irroga [...].

La misma responsabilidad que nuestro vetusto Código civil atribuye a los maestros, a los patrones, a los comitentes y porteadores, y en general la que proviene de los hechos por el art. 2198º de esa compilación, no se deriva, rigurosamente hablando, de la noción de la falta, y su más sólido fundamento puede hallarse en el concepto objetivo de la repartición de riesgos dimanantes de la idea de empresa.

El concepto tradicional de la falta como fuente de responsabilidad, resulta transformado también en lo que atañe a la responsabilidad de las personas inconscientes. Códigos tan progresivos y justamente celebrados como los de Suiza y Alemania acuerdan una indemnización a la víctima del daño causado por un enajenado, salvo el caso en que con ella quedase el loco reducido a la mendicidad.

El principio de la responsabilidad causal no se concilia con el estado actual de la civilización, porque no ofrece siempre soluciones incontestablemente equitativas y mantener el principio en toda su amplitud histórica, equivale a romper el equilibrio de los deberes sociales. Cuando un hecho causa a otro un perjuicio, alguien debe soportar sus consecuencias, siendo evidente que debe soportarlas el autor y no la víctima. La solución contraria viola la justicia.

La gravedad que asume el tema de que trato me mueve a invitar a mis honorables colegas de Comisión a sostener un cambio preliminar de ideas, antes de dar forma concreta al Anteproyecto relativo a los actos ilícitos».

Hasta aquí las expresiones del doctor Olaechea.

La segunda sesión que creemos provechoso citar, data del 11 de febrero de 1927, y se refiere a la responsabilidad de los actos ilícitos. En ella, mediante memorándum del doctor Alfredo Solf y Muro, quedó sentado que aun cuando el Código civil de 1852 no incluía el concepto de la falta para imponer la indemnización del daño, el pensamiento del art. 2191º no había sido el de la responsabilidad objetiva, tanto por la época en que se dictó el Código y las fuentes que lo inspiraron, cuanto porque dicho artículo está precedido del que define los actos ilícitos en el sentido de que son los cometidos por culpa (art. 2190º del Código civil de 1852) y, además, está comprendido en el título que tiene por lema «obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos».

No obstante esto, afirmaba Solf y Muro que resultaba posible mantener el articulado del Código de 1852, aun cuando cambiara el espíritu que lo informó, y tal era el procedimiento de técnica que seguía el señor Olaechea en su Anteproyecto sobre la materia; pero como dentro del concepto de la responsabilidad no calificada, la regla legal podría tener una extensión que haría imposible el ejercicio del derecho, dejando éste de ofrecer utilidad para su titular, el Anteproyecto no aceptaba el precepto que enunciaba en el art. 1º y que era la reproducción del numeral 2191º del Código civil de 1852, sino con la doble excepción contenida en el art. 2º, o

sea la de que no constituyen actos ilícitos, (es decir, actos que originan la obligación de indemnizar), ni los practicados en legítima defensa ni los practicados en el ejercicio regular de un derecho reconocido.

Esta última salvedad -continúa Solf y Muro- importa decir que sólo hay lugar a la indemnización de los daños causados por los hechos del hombre cuando el derecho no se ha ejercido en su forma regular o, en otros términos, que el ejercicio normal del derecho no acarrea responsabilidad, aun cuando ocasione perjuicio.

Según Solf y Muro, la determinación de esta zona inmune en que puede moverse el hombre impunemente, es de gran importancia en la práctica para dar una guía a quien quiera conducirse en la vida con certera seguridad; pero no es posible dar *a priori* una solución a este problema. La materia está ligada a la teoría del abuso del derecho, la misma que se apreciaba en el memorándum presentado por el señor Juan José Calle.

La teoría del abuso del derecho -añadía Solf y Muro-, a pesar de no estar definida con precisión en los autores que la acogen, se mueve dentro de plano distinto a la teoría del riesgo creado. Esta última no da nacimiento sino a la reparación pecuniaria en vista del daño ocurrido por el acto ejecutado, y por tanto ella no estorba el ejercicio de la actividad del hombre sino que lo juzga *a posteriori*. En cambio, la teoría del abuso del derecho procura preferentemente la reparación *in natura*, es decir la supresión o prohibición del acto a fin de que cesen sus efectos dañinos.

Además, ya sea que se admita como teoría del abuso del derecho la del ejercicio del derecho con el propósito exclusivo de dañar, o sea sin ninguna utilidad económica para el agente, o la del ejercicio del derecho en forma anormal o irregular, causante del daño, en ambos aspectos el problema es esencialmente jurídico, pero viciado por ser inmoral o antisocial, por lo que -a decir de Solf y Muro- la teoría del abuso del derecho no lleva a la responsabilidad objetiva por el daño, como la del riesgo creado.

Solf y Muro sostiene que la teoría del riesgo creado, que tiene su aplicación más acabada en el riesgo profesional, y que se manifiesta también en los llamados riesgos de empresa, riesgo de la propiedad, riesgo de las cosas inanimadas, riesgo del patrimonio, etc., si se generaliza convirtiéndose en lo que podría llamarse riesgo de la actividad, degeneraría en un principio inocuo, pues siendo todo accidente o hecho dañoso resultado del choque de dos actividades, si el agente debe correr el riesgo inseparable de su obra, también la víctima debe correr el riesgo inseparable de la suya y sufrir las consecuencias del azar.

En suma, Solf y Muro concluye adhiriéndose al Proyecto del doctor Olaechea, y sólo sugirió efectuar adiciones en estos sentidos: 1° que la indemnización por el acto dañoso, resultado del ejercicio irregular o anormal del derecho, sólo debía tener lugar cuando quien sufre el daño está obrando dentro del ejercicio normal de su derecho, regla que vendría a reemplazar la de la falta inexcusable de la víctima en el régimen vigente desde 1852; 2° que la excepción de la legítima defensa sólo excusa los actos contra el agresor, dejando al agente de la defensa legítima obligado frente al tercero a quien causa el daño conforme al concepto general; 3° que se declare que la responsabilidad por el riesgo creado tendrá aplicación en los casos contemplados en las leyes sobre riesgo profesional, y en las que establecen el riesgo de empresa u otros de la misma índole, pues de otra manera ni la indemnización por los accidentes industriales ni por los daños que la industria minera ocasiona a la propiedad del suelo o de las personas ajenas a la industria, quedaría amparada por el concepto legislado.

Hasta aquí nuestras referencias a las apreciaciones del doctor Alfredo Solf y Muro.

La construcción teórica del tema de la responsabilidad en el proceso de formación del Código de 1936 toma a la culpa como «uno de los factores» de los cuales se compone el derecho (indemnizatorio), pues también entran en juego los derechos o intereses de la víctima.

Para concluir, debemos anotar que la responsabilidad constituye pieza fundamental de las relaciones humanas, y sirve para restablecer la estricta equidad (patrimonial), especialmente en las manifestaciones negativas de dichas relaciones. Si no hubiese responsabilidad, la convivencia retrocedería a los tiempos del salvajismo, a la venganza tomada por mano propia, y representaría un rostro frío e indiferente ante culpas gravísimas y extremas injusticias.