

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones

Vol. XVI - Cuarta Parte - Tomo XII Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2003

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, 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. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre, abogado y Doctor en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad de Lima y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte

Tomo XII

Biblioteca
Para leer el Código Civil
Volumen XVI

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2003

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte
Tomo XII

Primera edición: octubre 2003

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado, Lima-Perú
Teléfonos: 330-7410 – 330-7411. Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Cuidado de la edición: Nelly Córdova Núñez
Grabado de cubierta: Honoré Daumier. *Quand le crime ne donne pas,* chez Aubert, Pl de la Burse. Les gens de justice. En *Gentes del Foro.*

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-601-7
Hecho el depósito legal: 1501052003-5489

Impreso en Perú - Printed in Peru

TOMO XII

CONTENIDO GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO
Disposiciones Generales
(Teoría General)

27.6. Responsabilidad civil derivada de actividades deportivas en general 1013
27.6.1. El deporte: Concepto e importancia 1015
27.6.1.1. El deporte como espectáculo 1025
27.6.1.2. El deporte como actividad 1027
27.6.2. La responsabilidad civil en el deporte 1030
27.7. Responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por un jugador frente a un contendor o competidor 1034
27.7.1. Relaciones entre deportistas: ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual? 1034
27.7.2. El fundamento de la responsabilidad civil deportiva 1041
27.7.3. Teorías en materia de responsabilidad civil deportiva derivada de los daños sufridos por un deportista frente a su competidor 1045
27.7.3.1. Teorías absolutorias 1045
27.7.3.1.1. Teoría de la aceptación de los riesgos 1046
27.7.3.1.2. Teoría de la autorización del Estado 1048
27.7.3.1.3. Teoría de las causas supralegales de justificación 1049
27.7.3.2. Teorías condenatorias 1051
27.7.4. A modo de conclusión 1054
27.8. Responsabilidad civil derivada de los espectáculos deportivos, respecto de daños sufridos por los espectadores 1056

27.8.1. Aspectos generales 1058
27.8.1.1. Marco legislativo. La Ley N.° 26830 1058
27.8.1.2. Culpa de la víctima 1062
27.8.2. Responsabilidad del deportista con relación al público y terceros 1065
27.8.3. Responsabilidad del organizador con respecto al público o terceros 1067
27.8.4. Responsabilidad de la Administración Pública por daños sufridos por los espectadores 1075
27.8.5. A modo de conclusión 1079
27.9. Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes 1080
27.9.1. El sistema de la ficción legal 1085
27.9.2. Teorías que niegan la personalidad jurídica 1088
27.9.2.1. Teoría del patrimonio colectivo 1088
27.9.2.2. Teoría del patrimonio de afectación 1089
27.9.3. Doctrina de la persona colectiva real 1090
27.9.3.1. Teorías de la realidad objetiva 1091
27.9.3.2. Teorías de la realidad técnica 1092
27.9.4. La teoría normativa 1093
27.9.5. Nuestra opinión sobre la responsabilidad civil de los entes morales 1098
27.9.5.1. La responsabilidad civil contractual de la persona jurídica 1098
27.9.5.2. La responsabilidad extracontractual de la persona jurídica 1100
27.10. Responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas 1102
27.10.1. Consideraciones generales. Importancia del directorio 1103
27.10.2. Naturaleza de la responsabilidad de los administradores 1108
27.10.3. Características de la responsabilidad civil de los directores o administradores 1112
27.10.3.1. Responsabilidad por culpa 1116
27.10.3.2. Responsabilidad por daños y perjuicios 1117
27.10.3.3. Responsabilidad personal, solidaria e ilimitada 1117
27.10.3.4. Alcance y exculpación de la responsabilidad 1118

27.10.4. Pretensión de responsabilidad 1120
27.10.4.1. Pretensión social de responsabilidad 1121
27.10.4.2. Pretensión individual de responsabilidad 1122
27.10.5. Caducidad de la responsabilidad y responsabilidad penal de los directores 1123
27.10.6. A modo de conclusión 1124
27.11. Responsabilidad civil derivada de actos discriminatorios 1125
27.11.1. La igualdad y el derecho a la no-discriminación 1128
27.11.1.1. La igualdad como principio fundamental 1128
27.11.1.2. La no-discriminación 1131
27.11.1.3. Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades 1133
27.11.2. Responsabilidad civil y actos discriminatorios 1136
27.11.2.1. La antijuridicidad de la conducta del agente 1138
27.11.2.1.1. Responsabilidad civil y discriminación directa 1140
27.11.2.1.2. Responsabilidad civil y acciones positivas 1140
27.11.2.1.3. Responsabilidad civil y discriminación indirecta 1143
27.11.2.2. El daño 1145
27.11.2.3. La imputabilidad 1146
27.11.3. A modo de conclusión 1147
27.12. Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad 1148
27.12.1. Algunas nociones importantes 1150
27.12.1.1. El SIDA 1150
27.12.1.2. El daño derivado de la transmisión del SIDA 1155
27.12.2. Transmisión sexual 1164
27.12.3. Transmisión por vía sanguínea 1170
27.12.3.1. El Centro de transfusión sanguínea 1171
27.12.3.2. El cuerpo médico 1173
27.12.4. Transmisión por transplante de órganos 1178
27.12.5. Transmisión perinatal de madre a hijo durante el embarazo, el parto o la leche materna 1179
27.12.6. Consentimiento de la víctima y riesgo profesional 1182
27.12.7. A modo de conclusión 1184
27.13. Responsabilidad civil derivada del divorcio 1185

27.13.1. ¿Es posible hablar de responsabilidad civil derivada del divorcio? 1190
27.13.1.1. La tesis negativa 1190
27.13.1.2. La tesis positiva 1197
27.13.2. Naturaleza de la responsabilidad civil derivada del divorcio 1202
27.13.2.1. La antijuridicidad 1203
27.13.2.2. El daño 1209
27.13.2.3. La imputabilidad 1210
27.13.3. A modo de conclusión 1211
27.14. Responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos 1213
27.14.1. Breve reseña histórica 1214
27.14.2. Fundamento de la responsabilidad 1216
27.14.2.1. Teorías subjetivas 1219
27.14.2.1.1. Teoría de la culpa *in vigilando* 1219
27.14.2.1.2. Teoría de la culpa en la educación 1221
27.14.2.1.3. Teoría de ambas culpas acumuladas 1222
27.14.2.2. Teoría del fundamento económico 1224
27.14.2.3. Teoría del ejercicio de la patria potestad 1225
27.14.3. Requisitos para poder atribuir la responsabilidad a los padres 1227
27.14.3.1. Ejercicio de la patria potestad 1227
27.14.3.2. Derecho de la víctima 1231
27.14.4. Conclusiones 1232
27.15. Responsabilidad civil del padre derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial 1233
27.15.1. Nociones generales 1235
27.15.1.1. La filiación 1235
27.15.1.2. Ausencia de reconocimiento y derecho a la identidad filiatoria 1243
27.15.2. Fundamento de la responsabilidad por el no reconocimiento: Responsabilidad civil en el Derecho de Familia 1245
27.15.3. Configuración de la responsabilidad 1247
27.15.3.1. Factor de atribución de la responsabilidad extracontractual del padre 1247
27.15.3.2. Antijuridicidad o ilicitud 1253

27.15.3.3. Daño 1255
27.15.3.4. Nexo causal y eximentes 1257
27.15.4. A modo de conclusión 1259
27.16. Responsabilidad civil por violación al derecho al honor 1262
27.16.1. El derecho al honor 1263
27.16.2. El derecho al honor y su colisión con los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información 1267
27.16.2.1. Diferencias entre libertad de información y libertad de expresión 1268
27.16.2.2. Libertad de información y derecho al honor: ¿Qué derecho prevalece? 1271
27.16.2.3. Libertad de expresión y derecho al honor 1275
27.16.2.4. Principales aspectos de la responsabilidad civil por violación al derecho al honor 1276
27.16.3. A modo de conclusión 1283
27.17. Responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo 1284
27.17.1. Algunas teorías sobre la responsabilidad en materia de accidentes laborales 1285
27.17.2. Derecho Civil y Derecho del Trabajo 1288
27.17.3. Indemnización por muerte o por incapacidad total y permanente del trabajador 1293
27.17.4. Responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo cuando media culpa del empleador 1298
27.17.5. A modo de conclusión 1302
27.18. Responsabilidad civil derivada de los actos celebrados por los representantes o apoderados 1304
27.18.1. Aspectos generales de la representación 1306
27.18.1.1. Importancia y fundamento 1306
27.18.1.2. Evolución histórica 1307
27.18.1.3. Clases 1309
27.18.1.3.1. Representación voluntaria 1309
27.18.1.3.2. Representación legal 1313
27.18.1.3.3. Representación directa o propia 1315
27.18.1.3.4. Representación indirecta, mediata o impropia 1315
27.18.1.4. Pluralidad de representantes 1316
27.18.1.4.1. Representación indistinta 1317

27.18.1.4.2. Representación conjunta 1317
27.18.1.4.3. Representación sucesiva 1317
27.18.1.4.4. Representación para actos jurídicos diferentes 1317
27.18.2. La responsabilidad del representante en la representación directa 1318
27.18.2.1. Los sujetos de la relación representativa 1318
27.18.2.2. La naturaleza de la responsabilidad del representante 1319
27.18.3. La antijuridicidad 1323
27.18.4. A modo de conclusión 1332
27.19. Responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública por daños causados en contra de los particulares 1333
27.19.1. Algunas nociones esenciales 1334
27.19.1.1. La Administración Pública 1334
27.19.1.2. El Derecho Administrativo 1339
27.19.2. La Administración Pública: De la irresponsabilidad a la responsabilidad civil 1344
27.19.2.1. La responsabilidad de la Administración Pública en Europa 1345
27.19.2.2. La responsabilidad de la Administración Pública en el Perú 1347
27.19.3. Una nueva perspectiva de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública 1350
27.19.4. A modo de conclusión 1355
27.20. Responsabilidad civil del Estado en ejercicio de su función jurisdiccional 1357
27.20.1. La administración de justicia: El Poder Judicial 1359
27.20.2. Responsabilidad de los jueces 1365
27.20.3. Responsabilidad del Estado 1376
27.20.4. Un último comentario 1379
27.21. Responsabilidad civil derivada de la conciliación extrajudicial 1380
27.21.1. La conciliación: Nociones básicas 1386
27.21.2. La responsabilidad civil derivada de la conciliación 1393
27.21.3. A modo de conclusión 1405
27.22. Responsabilidad civil derivada de haber causado, por dolo, el vicio de la voluntad de la contraparte 1407
27.22.1. El dolo: Algunas nociones básicas 1409

27.22.1.1. Delimitación conceptual 1409
27.22.1.2. Clases de dolo 1412
27.22.1.2.1. El dolo bueno y el dolo malo 1412
27.22.1.2.2. Dolo positivo y dolo negativo 1413
27.22.1.2.3. Dolo causante o determinante y dolo incidental 1414
27.22.1.2.4. Dolo directo y dolo indirecto 1415
27.22.1.2.5. Dolo recíproco 1416
27.22.2. Naturaleza de la responsabilidad 1417
27.22.3. Factor de atribución de la responsabilidad extracontractual 1419
27.22.4. Conducta antijurídica 1421
27.22.5. Daño y relación de causalidad 1422
27.22.6. Un comentario final 1425
27.23. Daños derivados de la violación del derecho de autor 1426
27.23.1. Aspectos generales del Derecho de Autor 1428
27.23.1.1. Concepto e importancia 1428
27.23.1.2. Objeto de protección 1434
27.23.1.3. Naturaleza jurídica 1437
27.23.2. Responsabilidad civil derivada de la violación del Derecho de Autor 1440
27.23.2.1. Conducta ilícita 1441
27.23.2.2. Factor de atribución 1444
27.23.2.3. Daño y nexo causal 1444
27.23.3. A modo de conclusión 1447
27.24. Responsabilidad civil derivada de infracciones a las leyes de protección al consumidor 1448
27.24.1. La relación de consumo 1450
27.24.1.1. Hacia un concepto de consumidor 1451
27.24.1.2. El proveedor 1457
27.24.2. Marco normativo de la protección al consumidor 1460
27.24.3. Responsabilidad derivada de la infracción de las normas de protección al consumidor 1464
27.25. Responsabilidad civil por productos defectuosos: El vendedor no fabricante 1470
27.25.1. Elemento causante del daño 1471
27.25.2. La causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos 1477

27.25.3. Determinación del sujeto responsable: El vendedor no fabricante 1483
27.25.4. Algunos comentarios finales 1488
27.26. Responsabilidad civil por daños causados por productos farmacéuticos y medicinales 1489
27.26.1. Nociones generales 1490
27.26.1.1. El elemento causante del daño y la relación de causalidad 1492
27.26.1.2. El daño resarcible 1493
27.26.1.3. Agentes del daño: Los responsables 1495
27.26.2. La responsabilidad civil del Estado en el control de los medicamentos 1498
27.26.3. Responsabilidad del fabricante: El laboratorio 1504
27.26.3.1. La obligación genérica 1504
27.26.3.2. Las obligaciones específicas 1505
27.26.3.2.1. Vicios de construcción: Defectos en el diseño 1505
27.26.3.2.2. Vicios de fabricación 1507
27.26.3.2.3. Vicios de instrucción: Falta de advertencias 1507
27.26.4. Criterios complementarios 1512
27.26.5. Un breve comentario final 1514

27.6. Responsabilidad civil derivada de actividades deportivas en general

El último siglo ha sido, sin lugar a dudas, uno de desarrollo tecnológico y de drásticos cambios en la organización política, económica y social. Uno de los signos característicos de nuestra época está dado por el deporte y la relevancia que ha adquirido, llegando a convertirse en una actividad cuya notoria presencia involucra ámbitos más profundos que los meramente recreativos.

Ya sea porque se le considere una expresión lúdica con raigambre popular, o un espectáculo que entretiene y arrastra multitudes, sería imposible sostener que el deporte no constituye un factor importante dentro de la vida y la interacción humana.

Las actividades deportivas, y los espectáculos deportivos propiamente dichos, movilizan a millones de personas, involucran grandes cantidades de dinero y, en general, son el centro en el que convergen una serie de intereses de distinta índole. Esta convergencia, así como la propia naturaleza de ese tipo de actividades, hace inevitable la presencia de conflictos que el Derecho, como instrumento regulador de comportamientos sociales, debe resolver.

Los accidentes deportivos no son una realidad extraña; todo lo contrario, son sumamente comunes y pueden ser padecidos por los

«jugadores» o «intervinientes», por los espectadores, o por terceros. Las hipótesis por las que se pueden generar son diversas, teniendo todas ellas como efecto la producción de un daño que puede, a su vez, ocasionar como consecuencia la imputación de responsabilidad civil y, por ende, la obligación de indemnizar.

El tema de lo que algunos han llegado a denominar «responsabilidad civil deportiva» es muy complejo, por cuanto no podemos hablar de una única teoría que le sirva de fundamento. Son varias las posiciones que se han adoptado al respecto, las mismas que deben analizarse según las esferas de aplicación de responsabilidad que pueden verse involucradas, dependiendo de las circunstancias que rodeen su contexto.

De esta forma, son diversos los supuestos que pueden servir de marco y, por lo mismo, distintas las perspectivas desde las cuales se puede analizar la responsabilidad civil proveniente de actividades deportivas. Podemos señalar, entre otras, las siguientes:

- La responsabilidad civil derivada del espectáculo deportivo, respecto de daños sufridos por los espectadores.
- La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por un deportista frente a un contendor o competidor.
- La responsabilidad civil en las actividades deportivas ultra riesgosas por daños sufridos por los espectadores.
- La responsabilidad civil en las actividades deportivas ultra riesgosas por daños sufridos por los deportistas.
- La responsabilidad de un equipo frente a uno de sus deportistas.
- La responsabilidad del dueño de las instalaciones frente a los espectadores y deportistas.

- La responsabilidad del organizador del evento deportivo frente a los espectadores y deportistas.
- La responsabilidad de las instituciones deportivas por los hechos imputables a sus seguidores deportivos.
- La responsabilidad de los espectadores frente al dueño de las instalaciones deportivas u organizador del evento (responsabilidad colectiva).

En las siguientes páginas vamos a centrarnos en la responsabilidad civil que se deriva de las actividades deportivas en general, lo que nos servirá de base para luego analizar algunos de los supuestos mencionados.

27.6.1. El deporte: Concepto e importancia

El importante rol que desempeña el deporte en la vida y el desarrollo humano no ha pasado desapercibido. Son muchos los autores que han intentado una definición que logre englobar adecuadamente todo su significado y aspectos relevantes.

Así, por ejemplo, Brebbia[908] sostiene que existen tres rasgos esenciales que caracterizan a la actividad estrictamente deportiva. Estos son:

- El ajuste de esa actividad a reglas preestablecidas.
- El despliegue de un esfuerzo o destreza por encima del nivel de actividad habitual.
- La persecución en forma mediata o inmediata de un fin salutífero (físico o intelectual) de carácter personal.

---

[908] Brebbia, Roberto H. *La responsabilidad en los accidentes deportivos*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1962, p. 8.

Más completa es la definición que ofrece Poviña y que es citada por Mosset.[909] Para Poviña, el deporte es una lucha concertada, como manifestación colectiva de la sobre-actividad lúdica del hombre, que se cumple mediante una determinada *performance*.

Sobre la base de aquella idea, sostiene que en todo deporte se pueden observar al menos cuatro elementos que configuran su estructura. Por un lado, señala que existe la tendencia natural del ser humano a jugar, es decir la presencia del *homo ludens*. De igual forma, anota que se da una aplicación del excedente o de la sobre actividad del individuo. Todo ello tiene una manifestación colectiva y trae como correlato una exteriorización. Por último, se refiere a la organización institucional y pública como otro rasgo de primer orden.

Junto a estos elementos, agrega otros que precisan el contenido del deporte: una lucha concertada, la performance cumplida, la organización técnica del juego, el ordenamiento legal, reglamentaciones, leyes, ordenamiento del espectáculo, ordenanzas deportivas, municipales, entre otras, así como la estructura del deporte (club, federaciones, equipos, partido, jugadores y espectadores).

Teniendo en cuenta estas definiciones, pasemos a realizar una breve revisión histórica que nos permita ubicar adecuadamente el papel que ha desempeñado y que hoy desempeña esta actividad.

Si tomamos como punto de partida a Grecia y Roma antiguas, no es difícil darnos cuenta de la singular importancia que el deporte ostentaba en aquellos tiempos. Así, en Grecia, cultura que dio nacimiento a la práctica de los Juegos Olímpicos, el desempeño del deportista lo hacía merecedor de privilegios sociales, por cuanto se concebía que estas actividades elevaban al hombre, al estar vinculadas a sentimientos religiosos e, incluso, militares.

[909] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo II-B, p. 88.

En Roma, el deporte no dejó de tener relevancia, aunque adquirió una connotación distinta de aquella que ostentaba en Grecia. Caracterizados por su sed de conquista, los romanos dedicaron especial atención a las actividades deportivas, pero dirigidas a fines bélicos y a la expansión de su Imperio.

Durante la Edad Media, como consecuencia de la relevancia adquirida por la Caballería, sobresalen los torneos y las justas que suponen adiestramientos pacíficos para verdaderos combates bélicos.[910]

En la Edad Moderna, producto de los cambios políticos y sociales que implican la consolidación de los Estados-naciones, la práctica de algunos deportes es dejada de lado. Paralelamente, surgen otros tantos que se caracterizan por ser menos dañinos a los de la época precedente. Entre ellos destacan los juegos de pelota que incluso llegan a practicarse en lugares cerrados.

Con la llegada de la Edad Contemporánea, que trajo consigo a la industrialización y al maquinismo, el hombre empezó a disfrutar de más tiempo libre para el ocio. Tal circunstancia hace posible el inicio de la práctica de los deportes colectivos. De esta manera, a finales del siglo XIX, el deporte empieza a desarrollarse con mayor fuerza; los Juegos Olímpicos de nuestros tiempos representan una prueba de ello.

El deporte es un tema que interesa por igual a sociólogos, economistas, psicólogos, literatos, juristas, etc., en tanto es un fenómeno que ejerce gran influencia en diversos ámbitos sociales.

[910] Bosso, Carlos Mario. *La responsabilidad civil en el deporte y en el espectáculo deportivo*. Buenos Aires: Editorial Némesis, 1984, p. 8.

Así, por ejemplo, los sociólogos y los psicólogos se interesan por las funciones socio-políticas que cumple el deporte.[911] Tales funciones pueden resumirse en tres: una función de compensación e integración social, una de canalización de la agresividad y una de diversión política.

Por su parte, los economistas analizan la incidencia de los contratos de «pases» de jugadores, los contratos de transmisión de eventos deportivos por los medios de comunicación masiva, y todo el movimiento mercantil y económico que se genera como consecuencia de la práctica deportiva.

En el caso del Derecho, nadie puede negar que la actividad deportiva tiene una serie de implicancias en más de un ámbito jurídico. Así, esta actividad no deja de estar presente en el Derecho Civil, Penal, Comercial, Administrativo, Internacional, Procesal, Laboral, entre otros.

El auge del deporte ha venido acompañado de contingencias, lo que ha hecho necesario que el Estado intervenga de manera activa, reglamentando y fiscalizando las actividades deportivas, toda vez que las promociona, entendiendo su trascendencia.

La Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte[912] de nuestro país es bastante ilustrativa sobre este punto. En algunas normas de dicho texto legal podemos apreciar de manera explícita la trascendencia del deporte, que le es reconocida por el Estado:

---

911 Kemelmajer de Carlucci, Aída. «Temas modernos de responsabilidad civil. Daños y perjuicios derivados de la actividad deportiva». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 1991, pp. 157 y 158.

912 Ley N.° 28036, promulgada el 23 de julio de 2003.

Artículo 1°.- Principios Fundamentales

El Deporte se sustenta en los siguientes principios fundamentales:

1. La promoción y desarrollo de la educación física, la recreación y el deporte como actividad de interés nacional.
2. Propiciar el acceso de la persona humana a la actividad deportiva, recreativa y la educación física.
3. La práctica del deporte y la recreación como factores educativos coadyuvantes a la formación y desarrollo integral de la persona, que les permita alcanzar su bienestar.
4. Promover la práctica del deporte como factor inherente de la salud física y mental de la persona.
5. Democratizar e institucionalizar el sistema deportivo nacional, garantizando a las personas las condiciones de acceso a las diferentes disciplinas deportivas, sin distinción y/o discriminación alguna.
6. El fomento de la práctica de competencias deportivas en procura de alcanzar un alto nivel en el desarrollo de las mismas, asegurando que las representaciones del deporte peruano a nivel internacional sean la real expresión de la jerarquía cultural y deportiva del país.
7. Establecer relaciones convergentes y armoniosas entre las tres áreas de acción del deporte nacional: Deporte para Todos, Deporte Estudiantil y el Deporte de Afiliados.
8. Establecer la promoción de la cultura deportiva en el país.
9. Generar conciencia nacional de la importancia y valores de la educación física, la práctica del deporte y la recreación.

10. Fomentar la masificación del deporte, como un instrumento para la recreación y esparcimiento de la población y en especial de los niños y los jóvenes.

11. Establecer la práctica del deporte como un auténtico medio de equilibrio y estabilidad social.

12. Contribuir al cultivo de valores éticos y morales del deportista.

Artículo 2º.- Definición de Deporte

El deporte es una actividad física que se promueve como un factor importante para la recreación, mejora de la salud, renovación y desarrollo de las potencialidades físicas y mentales del ser humano, mediante la participación y sana competencia en todas sus disciplinas deportivas, recreativas y de educación física premiando a los que triunfan en una contienda leal, de acuerdo con sus aptitudes y esfuerzos.

Artículo 3º.- Objeto

La presente Ley tiene por objeto normar, desarrollar y promover el deporte como actividad física de la persona en sus diferentes disciplinas y modalidades a través de sus componentes básicos: la educación física, la recreación y el deporte, en forma descentralizada, a nivel del ámbito local, regional y nacional.

Artículo 4º.- Alcances

La presente Ley establece el deber y la responsabilidad del Estado y de la sociedad en su conjunto en materia deportiva, recreativa y de educación física.

Artículo 5º.- Fines

Son fines de la presente Ley:

1. Promover y propiciar la práctica masiva de la educación física, la recreación y el deporte.

2. Regular, motivar y propiciar la participación del Estado en la actividad deportiva, recreativa y la educación física.

3. Desarrollar el deporte de alta competencia, deporte afiliado y de recreación, en todas sus disciplinas, modalidades, niveles y categorías, proporcionando medios y estímulos para su desarrollo.

4. Alcanzar el nivel de infraestructura, equipamiento, recursos y asistencia técnica que garantice el desarrollo del deporte, la recreación y la educación física.

5. Formar mejores deportistas, dirigentes y técnicos a través de la capacitación permanente y sostenida.

6. Promover y desarrollar el área de la investigación optimizando la aplicación de las ciencias y la tecnología para el desarrollo del deporte, entre otros, la medicina deportiva.

7. Promover la actividad física entre las personas con discapacidad, estimular el desarrollo de sus habilidades físicas y mentales y garantizar su acceso al deporte en forma organizada.

8. Establecer la obligatoriedad de la educación física en los niveles educativos: inicial, primaria, secundaria y superior.

9. La protección al deportista en la práctica de la educación física y el deporte.

10. Crear en el ámbito nacional una moderna y globalizada estructura del Sistema Deportivo Nacional, que permita integrar en forma coordinada y concertada al Gobierno Nacional, Gobierno Regional y los Gobiernos Locales.

De lo expuesto es posible afirmar que, sin ignorar la importancia que ha tenido el deporte en otras épocas, es en nuestro tiempo en el que su desarrollo ha sido más intenso. La prueba nos la da el mismo ordenamiento jurídico, que comprendiendo este fenómeno no ha podido mantenerse al margen.[913] Todo lo contrario, y a diferencia de épocas pasadas, no lo deja librado a sí mismo, ni siquiera a sus practicantes; si no que adecuándose a la acuciante realidad lo regula jurídicamente, le pone estructuras gubernamentales no solo por encima, sino insertas en su intimidad, con fines diversos, puesto que en definitiva persigue objetivos no solamente deportivos, sino también sociales, higiénicos, psicológicos y hasta políticos.

[913] Otro ejemplo de esta importancia y de la atención que los ordenamientos jurídicos prestan hoy al deporte es la Ley del Deporte de Argentina, que señala lo siguiente:
CAPÍTULO I. Principios generales
Artículo 1.- El Estado atenderá al deporte en sus diversas manifestaciones considerando como objeto fundamental:
a) La utilización del deporte como factor educativo coadyuvante a la formación integral del hombre y como recurso para la recreación y esparcimiento de la población;
b) La utilización del deporte como factor de la salud física y moral de la población;
c) El fomento de la práctica de competencias deportivas en procura de alcanzar altos niveles de las mismas, asegurando que las representaciones del deporte argentino a nivel internacional sean la real expresión de la jerarquía cultural y deportiva del país;
d) Establecer relaciones armoniosas entre las actividades deportivas aficionadas, federadas y profesionales;
e) Promoción de una conciencia nacional de los valores de la educación física y del deporte y la implementación de las condiciones que permitan el acceso a la práctica de los deportes de todos los habitantes del país y en especial de los niños y los jóvenes, considerando a la recreación como auténtico medio de equilibrio y estabilidad social;
f) Crear en lo nacional una estructura de administración, coordinación y apoyo al deporte; en lo provincial, concretar una armónica realización de esfuerzos tendientes al logro de tal estructura; en lo municipal, apoyar la satisfacción de las necesidades que la comunidad no pueda concretar, y en lo privado, asegurar el asesoramiento y apoyo que le sea requerido;
g) La coordinación con los organismos públicos y privados en los programas de capacitación a todos los niveles, en las competencias y el ordenamiento y fiscalización de los recursos referidos al deporte.
Artículo 2.- El Estado desarrollará su acción orientando, promoviendo, asistiendo, ordenando y fiscalizando las actividades deportivas desarrolladas en el país, conforme a los planes, programas y proyectos que se elaboren.

No nos interesa, en esta parte de nuestra investigación, dedicar demasiadas líneas a la elaboración de un análisis exhaustivo respecto de las distintas modalidades en las que se puede clasificar a los deportes. Nos basta con decir que son diversos los criterios que pueden servir de base para realizar tal propósito; de ahí que los estudiosos del tema no se hayan podido poner de acuerdo sobre el particular.

Mosset Iturraspe,[914] por ejemplo, señala que los deportes se dividen en dos grandes grupos. Distingue, así, entre deportes individuales y deportes colectivos. A su vez, estos últimos, a los que considera los más comunes y difundidos, los subdivide en dos categorías, para lo que tiene en cuenta si se produce o no una pugna con el adversario.[915]

Por otro lado, Brebbia[916] opta por clasificar a los deportes sobre la base del estado del deportista. Para este autor, por consiguiente, se puede hablar de tres grupos de deportes: los aficionados, los profesionales, y los practicados bajo prescripción médica.

[914] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit*, tomo II-B, pp. 90 y 91.
[915] Mosset, con base en ello, diferencia los deportes colectivos en:
- Deportes colectivos directos o de meta objetivante, en los que cada deportista va hacia su objetivo sin usar su fuerza contra su contrario, como sucede en la natación o las carreras de atletismo.
- Deportes colectivos indirectos o de meta opositora; en estos la meta solo se logra tras una lucha para vencer al contrincante, como es el caso del boxeo y del fútbol. Además, este tipo de deportes se caracterizan por estar impregnados de dos tendencias: rivalidad y cooperación.

[916] Brebbia, Roberto H. *La responsabilidad en los accidentes deportivos. Op. cit.*, p. 8.

Bajo una perspectiva distinta, Majada Planellas,[917] tomando como eje el elemento «violencia», los clasifica en tres grupos: Deportes sin violencia sobre las personas (golf); deportes que implican violencia inmediata (boxeo); y deportes que suponen violencia mediata y eventual (baloncesto).

Borrel Marciá,[918] por su parte, toma en consideración la temática del «riesgo» para distinguir entre deportes que carecen de ese factor, deportes en los que el riesgo está presente, y deportes cuya naturaleza causa daños o lesiones a la persona del adversario.

La existencia de esta diversidad de criterios hace que toda clasificación quede reducida, como bien sugiere Carlos Bosso,[919] a la valoración de las circunstancias especiales del deporte en cuestión y a las consideraciones necesarias acerca de las personas, del tiempo y del lugar.

Asimismo resulta conveniente, primero, determinar si se trata o no de un deporte autorizado por el Estado; y luego analizar el tipo de deporte de que se trata. Para esto, es necesario observar si se trata de un deporte que se lleva a cabo en forma colectiva o individual, cuál es el grado de violencia que involucra, y cuál es la magnitud del riesgo que implica su práctica.

Ahora bien, el deporte, al cumplir fines variados, presenta, como consecuencia, dos caras o manifestaciones. Es necesario distinguir entre el deporte actividad y el deporte espectáculo. El primero hay que entenderlo como la actividad física o intelectual que se desarrolla por mero esparcimiento o con carácter profesional, ya sea de manera privada, semiprivada o pública. El segundo, en cambio, es el realizado por profesionales, y es sobre el que giran verdaderas empresas comerciales que ven en la pasión deportiva a su fuente de explotación y de consecución de beneficios económicos.

[917] Citado por Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 11.
[918] *Ibidem*, p. 12.
[919] *Idem*.

Cada una de estas manifestaciones deportivas tiene características peculiares que es preciso revisar para detenernos más adelante en los problemas jurídicos que involucran en torno de la responsabilidad civil.

27.6.1.1. El deporte como espectáculo

Desde esta perspectiva, el deporte es un fenómeno social, un acontecimiento propio de nuestra época. Reviste los caracteres de vistoso y emocionante, lo que concita la atracción de innumerables personas que coparticipan como meros espectadores del mismo, llenando estadios para ver el desempeño de sujetos que hacen del deporte el centro principal de su quehacer y el fruto principal y exclusivo de sus ingresos.[920]

En este punto es conveniente referirnos al contrato deportivo. Este constituye la expresión actual de la prestación deportiva, y está destinado a regular las relaciones existentes entre los deportistas y la entidad deportiva.

Al igual que Carlos Bosso,[921] pensamos que hoy el contrato deportivo se celebra no solo por jugadores profesionales, sino también por deportistas aficionados. El primero vendría a ser a titulo oneroso y el segundo, generalmente, a título gratuito.

En ambos casos, por medio de aquel contrato el jugador se compromete a prestar su actividad deportiva en representación de la enti-

[920] *Ibidem*, p. 13.
[921] *Ibidem*, p. 27.

dad con la que ha celebrado el mencionado acto jurídico, en las condiciones y formas que en este han pactado.

Es importante recalcar que, debido a que cada deporte cuenta con particularidades y características propias que lo distinguen del resto, será necesario revisar cada caso para poder efectuar una valoración adecuada. No se pueden considerar bajo una única y misma perspectiva un contrato concertado por un futbolista, que uno celebrado por un boxeador profesional.

Asimismo, debemos tomar en consideración que el auge del espectáculo deportivo ha generado el surgimiento de toda una empresa y de una compleja red económica. Por lo que, a los deportistas y espectadores, se suma un tercer componente: el organizador o promotor.

La especial naturaleza de este tipo de espectáculo, entonces, reúne la participación de deportistas profesionales y de una multitud de seguidores. Como consecuencia inmediata surge la necesidad de regular el espectáculo en sí, y no solo las reglas del juego como tal.

Esta necesidad involucra a la entidad organizadora del evento, a las Municipalidades, a la Policía y, en general, al Estado, que en su ordenamiento jurídico debe velar para que todo espectáculo deportivo se dé bajo las condiciones adecuadas de seguridad.

Según afirma Bosso,

> Como actividad social que es, el deporte, pone en ejercicio funciones de los poderes del Estado a través de normas jurídicas, como de instituciones diversas, a los efectos de regular la práctica del deporte en sí, como también lo relativo al espectáculo y seguridad del publico asistente a los mismos, apareciendo con ello una gama de responsabilidades de las cuales nos ocuparemos oportunamente.[922]

[922] *Ibidem*, p. 17.

Sobre este particular, destaca la Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en Espectáculos Deportivos,[923] la misma que, entre otros preceptos, señala lo siguiente:

> Artículo 1º.- La Prefectura o Subprefectura según corresponda, tiene la responsabilidad de coordinar con la Policía Nacional del Perú, el Instituto Peruano del Deporte, el Instituto Nacional de Defensa Civil y con las instituciones organizadoras de los espectáculos deportivos, las medidas que garanticen las condiciones de seguridad para espectadores, jugadores y público en general, así como las que aseguren la tranquilidad y seguridad pública en los recintos y alrededores de los escenarios destinados para la realización de los espectáculos deportivos.

De esta forma se persigue como meta el salvaguardar los distintos intereses que convergen en aquellos espectáculos. No debemos olvidar, además, que tanto el espectador como el deportista son parte de determinados grupos humanos. Mientras el deportista integra algún equipo, el espectador forma parte de colectivos de simpatizantes que alientan a sus favoritos.

27.6.1.2. El deporte como actividad

Para Jorge Joaquín Llambías,[924] la actividad deportiva consiste en la aplicación de la energía física o mental, con intensidad superior a la normal, en un juego o competición, conforme a las reglas preestablecidas, generalmente con intención recreativa.

Brebbia,[925] al respecto, afirma que este tipo de actividad se desarrolla dentro de un mundo particular, convencional y exclusivo, que posee normas y reglamentos diferentes de aquellos que rigen otras

[923] Ley N.º 26830, publicada el 1ro. de julio de 1997.
[924] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 544.
[925] Citado por Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 23.

clases de actividades y ante los cuales nadie discute su imperatividad y obligatoriedad.

El efecto lógico de esta actividad es el surgimiento de la competencia deportiva. Los individuos y grupos rivalizan entre sí en busca de la victoria, de la gloria. Pero esa rivalidad se encuentra determinada por el conjunto de reglamentos que rigen el deporte en cuestión.

Dichos reglamentos son, entonces, fundamentales, puesto que sirven no solo para poder determinar al ganador, sino, también, para establecer las expectativas de conducta y de igualdad de los jugadores.

Si bien desempeñan una función normativa con respecto a esta clase de actividad, los reglamentos no son normas jurídicas en sentido estricto; de allí que sea posible calificar la conducta de un jugador como antijurídica, a pesar de que se ajuste a las reglas que estos establezcan. Por ello, podría suceder que la conducta antirreglamentaria solo conlleve una sanción disciplinaria.[926]

[926] Las sanciones disciplinarias no involucran la participación y decisión de los tribunales civiles. La Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte dispone que sea el Consejo Superior de Justicia Deportiva y Honores del Deporte el encargado de resolver ese tipo de sanciones:
Artículo 50º.- Consejo Superior de Justicia Deportiva y Honores del Deporte
Créase el Consejo Superior de Justicia Deportiva y Honores del Deporte, como instancia autónoma del Instituto Peruano del Deporte, competente para conocer y sancionar las faltas y transgresiones a la presente Ley, su reglamento y a la normatividad deportiva vigente, así como la atención de la defensa de los intereses y derechos de los deportistas. Asimismo para otorgar honores y distinciones a deportistas, técnicos, auxiliares y dirigentes de una selección nacional, a los directivos de las Federaciones Deportivas Nacionales, al Comité Olímpico Peruano y otros organismos del Sistema del Deporte Nacional.
El CSJDHD por acuerdo de su Sala Plena, está facultado para proponer al IPD el funcionamiento de instancias regionales.
Artículo 51º.- Integrantes
Está conformado por 5 miembros elegidos democráticamente por un período de dos (2) años. Cada miembro tendrá un suplente.

Básicamente, un reglamento contiene dos tipos de disposiciones. Por un lado, directrices que tienen por finalidad delinear el desarrollo propio del juego, el modo y la técnica con que debe desenvolverse. Por otro, disposiciones que se vinculan con la figura de la responsabilidad, debido a que su objetivo es imponer cierta prudencia, cierta diligencia a los jugadores, con lo que vinculan, de esta forma, factores de imputabilidad subjetiva.

Según refiere Mosset Iturraspe:

> Los reglamentos, en cuanto tienden a imponer ciertos comportamientos, muestran íntima conexión con los factores de imputabilidad subjetiva: culpa y dolo; pero también deslindan, en alguna medida, el ámbito de lo permitido o ajustado al derecho. Y en uno y otro terreno —antijuricidad y culpabilidad— su fuerza normativa no es ni puede ser concluyente o definitiva. Sentado ya que no pueden equipararse a la ley —y por ende no pueden autorizar deportes prohibidos— tampoco pueden derogarse por vía de una reglamentación los 'usos y costumbres' con fuerza normativa en aquellas 'situaciones' deportivas no regladas legalmente».[927]

El CSJDHD está conformado por:
1. 2 (Dos) representantes de las Federaciones Deportivas Nacionales.
2. 2 (Dos) representantes de los Colegios de Abogados del Perú.
3. 1 (Un) representante de las Facultades de Derecho de las Universidades a propuesta de la Asamblea Nacional de Rectores.

El Presidente del CSJDHD es elegido entre sus miembros titulares. Existe incompatibilidad entre el cargo de miembro del Consejo Superior de Justicia y Honores del Deporte con cualquier otra función deportiva.
Artículo 52º.- Resoluciones del CSJDHD
Las Resoluciones del CSJDHD constituyen la última instancia de justicia deportiva.
Artículo 53º.- Reglamento del CSJDHD
El CSJDHD elabora su reglamento y lo aprueba en Sala Plena. El Reglamento de la Ley fijará las causales de sanción, procedimientos y las penas aplicables, asimismo los requisitos para el otorgamiento de honores y distinciones.
Artículo 54º.- Sistema de Justicia y Honores a nivel federativo
Cada Federación Deportiva Nacional establecerá un Sistema de Justicia y Honores del Deporte.

[927] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo II-B, pp. 92 y 93.

Para determinar cuándo nos encontramos frente a una conducta habitual o «normal» de los deportistas, tendremos que elaborar un análisis de los reglamentos, integrado por los usos y costumbres, sin perder de vista las situaciones que envuelven a las personas, así como el tiempo y el lugar que sirven de marco al comportamiento.

Podemos sintetizar lo que hemos venido exponiendo, con la siguiente argumentación del profesor Mosset Iturraspe:[928]

> [...] la importancia del deporte en los tiempos actuales está dada por una serie de circunstancias, con relevancia jurídica, entre las cuales destacamos: a) su manifestación colectiva y su traducción exterior, lo cual apareja la existencia de participantes plurales y de múltiples espectadores, y la necesidad, por ende, de ordenar el juego sobre la base de reglas técnicas y de ordenar el espectáculo [...] y b) la estructura del deporte, que hace que tanto el deportista como el espectador no se mantengan aislados, sino que integren determinados grupos humanos: el primero, se vuelca decididamente a integrar «equipos» en los deportes colectivos; y el segundo, asociado a un club, integra «barras»; a su vez los clubes integran federaciones, nucleadas por su parte de confederaciones, etc.

27.6.2. La responsabilidad civil en el deporte

Nos parece más que evidente, que en un contexto como el esbozado se produzca de manera constante choques de intereses entre quienes se encuentran involucrados con el deporte, ya sea entendido como actividad o como espectáculo. Este hecho, como hemos tenido ocasión de mencionarlo, supone la necesidad de que el Estado se vea obligado a «entrometerse».

Hoy es posible encontrar en el Derecho Administrativo una serie de normas jurídicas que tienen por objeto regular la práctica deportiva en sus distintas manifestaciones. De igual manera, el Derecho Privado no se queda al margen de esta realidad. Una de las instituciones jurídicas que se ve comprometida por las peculiaridades de este fenómeno social es la de la responsabilidad civil.

[928] *Ibidem*, p. 89.

Son varias las relaciones jurídicas que emergen de la práctica del deporte y de la realización de espectáculos deportivos. En las mismas se puede llegar a producir algún daño que deberá ser resarcido.

Efectivamente, los problemas que plantea el deporte con respecto al ámbito de la responsabilidad civil son muchos. En la parte introductoria señalamos diversos supuestos que pueden presentarse. De esto se desprende que la determinación del fundamento de la responsabilidad civil deportiva no sea tarea sencilla.

La justificación de la violencia y los daños producto de esta actividad son algo que se ha venido discutiendo desde tiempos antiguos. La idea central sobre la base de la cual se desenvuelve esta discusión, es la imposibilidad de dar el mismo tratamiento jurídico a un daño ocasionado por un rival a otro, o a un tercero o espectador durante la práctica de un deporte, cuando la conducta que lo originó se ajustó —en principio— a las reglas del juego, que a ese mismo daño originado en la conducta dolosa o culposa del agente en circunstancias comunes.

Existen textos del Digesto que niegan expresamente acción civil o criminal por los daños sufridos como consecuencia de una lucha deportiva. Por otro lado, los glosadores, teniendo como respaldo otros textos del Derecho romano, fundamentan la exención de responsabilidad en los accidentes deportivos.[929]

[929] Brebbia, Roberto H. *La responsabilidad en los accidentes deportivos. Op. cit.*, pp. 13 y 14.

Orgaz, quien es citado por Carlos Bosso,[930] afirma que las legislaciones antiguas, al igual que las actuales, establecían como criterio rector la impunidad penal e irresponsabilidad civil del deportista que llegara a lesionar a su contrincante, siempre que actuara en un deporte autorizado y adecuando su accionar al reglamento del juego.

Las teorías modernas albergan en su seno más de una posición. Algunos defienden la exoneración de responsabilidad, aunque sin llegar a un fundamento unívoco; otros, en cambio, asumen distintas teorías condenatorias de responsabilidad.

Efectivamente, como acabamos de comprobar, el problema de la responsabilidad deportiva no es algo nuevo. Lo nuevo es el cambio de actitud que sobre el tema se ha asumido. Hoy ya no prima la irresponsabilidad en materia civil, sino que el daño deportivo ha accedido a los tribunales. Son diversas las causas que han originado la asunción de esta nueva perspectiva. Aída Kemelmajer de Carlucci[931] señala cinco:

(a) El proceso de socialización de los daños. Según el citado autor, se ha pasado de un sistema de «responsabilidad sanción» a uno de «responsabilidad-distribución». Para este profesor, es posible advertir la tendencia a extender la lista de los civilmente responsables y a prevenir su insolvencia a través de los seguros obligatorios.

(b) La violencia deportiva también ha tenido gran influencia en este cambio de actitud. Si bien se han dado sucesivas reglamentaciones que tienden a evitar lesiones y peligros para la salud de los deportistas, paralelamente el comportamiento de los espectadores genera una gran cantidad de accidentes y daños.

[930] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 47.
[931] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 164-166.

(c) Otro motivo en el que se fundamenta esta nueva opción jurídica que da cabida a la responsabilidad civil en accidentes deportivos, es el proceso de masificación de los deportes.

(d) Ese proceso va acompañado de la internacionalización, no solo de las reglas, sino también del agrupamiento de las asociaciones. Tomemos como ejemplo a la Federación Internacional del Fútbol Asociado (FIFA) o al Comité Olímpico Internacional (COI).

(e) La dificultad de la prueba es otro elemento que se debe considerar. A veces, las acciones deportivas se desarrollan a gran velocidad, siendo prácticamente imposible llegar a conocer la causa del daño y las circunstancias en que aquel se produjo. Sin embargo, no podemos desconocer los modernos medios tecnológicos que hoy ayudan a dejar de lado esa dificultad, al menos en el terreno de los deportes profesionales.

Ahora bien, debido a la existencia de diversas esferas jurídicas que resultan susceptibles de verse afectadas con la producción de un accidente deportivo y el correlativo daño que puede producirse, creemos que sería un error afirmar que la responsabilidad civil deportiva tiene un único factor atributivo. Por esta razón, hemos considerado adecuado desarrollar en este punto, que es tan solo de carácter general, un análisis también amplio, que nos permita más adelante realizar una valoración específica de los principales supuestos que se ven implicados con respecto a esta figura.

Lo cierto es que la problemática de la responsabilidad civil involucra un campo muy amplio de relaciones jurídicas complejas, que da lugar a distintas y diversas esferas de aplicación de esta responsabilidad.[932] No hay una sola respuesta, no existe una única postura que lo-

[932] Fernández Cruz, Gastón. «El fundamento de la responsabilidad civil deportiva». Revista *Thémis*, n.º 19, 1991, p. 71.

gre dar una explicación que pueda englobar todos los casos de responsabilidad civil susceptibles de derivarse de la práctica del deporte. Ensayar una solución de ese tipo, sería, además de improcedente, absurdo.

27.7. Responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por un jugador frente a un contendor o competidor

Como acabamos de observar, son diversas las personas que intervienen en la actividad deportiva, y todas ellas pueden, en algún momento, tener comprometida su responsabilidad. Entre esta variedad de sujetos involucrados en el fenómeno deportivo, se encuentran los jugadores o participantes.

La responsabilidad civil del deportista puede darse con relación a su contendor o competidor, o respecto de un tercero o espectador. En las siguientes líneas realizaremos una reflexión crítica sobre el primer supuesto, a fin de encontrar el fundamento de la responsabilidad que se deriva de esos casos. Con ese objetivo, analizaremos las principales posiciones que se han elaborado sobre el tema.

27.7.1. Relaciones entre deportistas: ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual?

Una primera cuestión importante es determinar si entre los participantes existe o no un vínculo contractual. La trascendencia de ello se debe, básicamente, a dos razones. Por un lado, nos faculta a precisar la naturaleza jurídica del deber violado y, por ende, permite decidir si se trata de un caso de responsabilidad civil contractual o uno de responsabilidad extracontractual. Por otro lado, ayuda a definir si, además del deportista, se encuentra obligado a resarcir el club al que pertenece dicho deportista y, eventualmente, la entidad o empresa organizadora.

Recordemos en este punto que, a pesar de que un gran sector de la doctrina pretende la unificación en materia de responsabilidad civil, es claro, sobre la base de lo que hemos venido desarrollando, que ello parece tarea imposible. En principio, los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a cada tipo de responsabilidad son distintos. Además, los diferentes contextos han dado lugar a que el fundamento de la responsabilidad no sea único, sino que dependa del ámbito en el que se esté desenvolviendo y de factores de atribución diversos.

Nuestro Código Civil distingue entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. Mientras la primera implica la presencia de un contrato entre las partes, la segunda se remite a los casos en que el daño no supone que los sujetos intervinientes (causante-víctima) se encuentren ligados por algún vínculo contractual.

Así, una vez que se han presentado en un caso concreto de un daño causado a una víctima, los requisitos típicos de la figura de la responsabilidad civil, esto es, la antijuricidad de la conducta, el daño producido y la relación de causalidad, la existencia de la responsabilidad viene determinada por sus factores de atribución.

En materia de responsabilidad civil contractual, el factor de atribución es la culpa. En cambio, en el campo de la responsabilidad extracontractual, nuestro ordenamiento jurídico señala como factores de atribución a la culpa y al riesgo creado, asumiendo, de esta forma, el sistema subjetivo y la teoría del riesgo.

Ahora bien, antes de ingresar a la búsqueda del fundamento de la responsabilidad civil deportiva, retomemos nuestro análisis sobre la relación que existe entre los contendores. Son tres las posiciones que pueden adoptarse sobre este complejo tema:

(a) Para algunos juristas la relación entre los deportistas es contractual. Jorge Joaquín Llambías[933] respalda esta postura, soste-

[933] Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 545.

niendo que el deportista culpable infringe el deber preestablecido configurado por las reglas del juego, las que el adversario había aceptado convencionalmente.

El citado tratadista reconoce, de esa forma, que la responsabilidad que se genera es contractual u ordinaria, puesto que, si bien admite que entre los deportistas que compiten no existe necesariamente un contrato, estos se obligan a llevar a cabo su actividad sujetándose a las reglas de juego del deporte del que se trate. De ese modo, la aceptación de las reglas de juego imperantes sería el origen de la responsabilidad civil contractual.

Según refiere Bosso,

> La conducta en contrario, con relación a esas reglas de juego, es una infracción a ese deber concreto y determinado que prescriben los reglamentos vigentes con relación a cierto deporte, también aceptadas por el adversario. Esto emana de una «convención» relativa a la aceptación de las reglas de juego; teniendo presente, que entre «convención» y «contrato», media la relación que existe entre el género y la especie.[934]

Podemos criticar el razonamiento de Llambías, en tanto este autor basa su posición en la idea de que la responsabilidad civil, en estos casos, deriva únicamente del incumplimiento de reglamentos, cuando ello no es siempre cierto. El comportamiento antirreglamentario no genera necesariamente responsabilidad, toda vez que pueden presentarse situaciones en las que, incluso respetando las disposiciones establecidas vía reglamento, nos encontramos frente a supuestos de responsabilidad civil.

[934] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 72.

(b) Un importante sector de la doctrina señala, en cambio, que al ser la relación entre los deportistas o contrincantes de carácter extracontractual, la responsabilidad por el daño ocasionado debe considerarse, de igual forma, extracontractual. En términos generales, los que respaldan esta tesis afirman que no se puede concebir que quienes se ponen de acuerdo para jugar un partido, estén celebrando, con ello, un contrato.[935]

Bajo esta perspectiva, la conducta que causa el daño debe considerarse como una violación al deber general de obrar con prudencia, por lo que, ante la supuesta infracción, se originaría la responsabilidad extracontractual.[936]

Son varios los autores que se ubican dentro de este pensamiento. Podemos señalar, entre otros, a Brebbia, Orgaz, Alterini, Ameal y López Cabana.

El primero de los autores citados sostiene que se trata de responsabilidad extracontractual, puesto que no cree que se pueda denominar contrato, en el sentido técnico del término, al acuerdo que se celebra entre los jugadores para participar en una competencia. Ello porque, según afirma, ese acuerdo carece del contenido pecuniario que todo contrato debe poseer.

Brebbia, además, considera que no importa si la práctica del deporte se da a escala amateur o a escala profesional. Así, manifiesta que esa distinción solo adquiere relevancia al referirse al tipo de vinculación que une a los deportistas con las entidades que los agrupan, pero no entre los mismos deportistas.[937]

[935] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 175.
[936] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 73.
[937] Brebbia, Roberto H. *La responsabilidad en los accidentes deportivos. Op. cit.*, p. 36.

Con un fundamento similar, Alterini y López Cabana establecen que la responsabilidad derivada de este tipo de relación no puede ser contractual. Los citados profesores piensan que el asentimiento para participar en la competencia deportiva no implica la celebración de ningún acto jurídico, «ni estar a derecho», que genere deberes de contenido patrimonial, imprescindibles para la existencia de un contrato.[938]

Como recuerda Bosso,

> Orgaz opta expresamente por la naturaleza extracontractual de la responsabilidad deportiva entre contrincantes en el juego, en razón de que la convención y el contrato son actos o negocios jurídicos. Nada parecería más ajeno a todo jugador profesional o aficionado, al practicar su deporte, que atribuirle un «fin inmediato» de establecer con los jugadores adversarios «relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos». Cada jugador se propone —al menos inmediatamente— sólo jugar, desarrollar su fuerza, su habilidad o su ingenio en una contienda con el adversario y triunfar, si esto es posible. No hay en ello finalidad *de iure*.[939]

(c) Otros asumen una posición a la que se puede calificar como ecléctica o intermedia. Básicamente, se trata de distinguir el deporte entre aficionados y profesionales, aplicando a los primeros las normas propias de la responsabilidad extracontractual, y a los segundos las reglas de la responsabilidad civil contractual.

Compartiendo esta doctrina, iniciada por Leonardo Colombo, encontramos a importantes tratadistas como Guillermo Borda y Jorge Mosset Iturraspe.

[938] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 74.
[939] *Ibidem*, p. 75.

Si bien consideramos que el argumento original de esta postura no logra englobar las distintas posibilidades, elaborando una distinción que por su simpleza llega a ser insuficiente, coincidimos con los mencionados juristas al sostener que es necesario un análisis de cada caso concreto y sus circunstancias particulares, para poder precisar la naturaleza jurídica del deber violado. Pensamos que es de esa forma como se podrá determinar si la responsabilidad es contractual o extracontractual.

Sobre el tema, Borda[940] expresa que cuando la competencia deportiva es entre aficionados, la responsabilidad que puede llegar a generarse será siempre extracontractual, pues quienes intervienen no celebran un contrato sino que se ponen de acuerdo para jugar un partido, lo que carece de un fin jurídico. Si se trata de un deporte en el ámbito profesional, será necesario distinguir:

- Si se trata de un *match* de box en el que ambos púgiles son contratados, la responsabilidad civil será contractual, salvo que medie una conducta gravemente dolosa o culposa, en cuyo caso la víctima podrá escoger entre una acción por responsabilidad contractual o una extracontractual, emanada del ilícito cometido.

- Si se trata de un contrato entre clubes, de los cuales los jugadores son dependientes, la responsabilidad de los deportistas entre sí es extracontractual, ya que entre ellos no han celebrado un contrato.

[940] Citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo II-B, p. 103.

Mosset Iturraspe,[941] por su parte, usa los mismos ejemplos para afirmar que:

> Cuando se enfrentan dos boxeadores suele ocurrir que sus respectivos representantes han celebrado un contrato con el objeto de estipular las condiciones del *match*, el número de *rounds*, la distribución de la bolsa, etc., remitiéndose a lo reglamentario en las disposiciones vigentes o a las sancionadas por tal o cual institución madre. En esta hipótesis, los participantes en el evento deportivo son a la vez contratantes, partes de un contrato deportivo. En un partido de fútbol, en cambio, no media vínculo contractual alguno entre los jugadores de uno y otro equipo; los jugadores se hallan ligados a su respectivo club y, a la vez, a la asociación deportiva. Otro tanto ocurre con los participantes en una competencia automovilística, son terceros, sin nexo contractual unos con otros, aunque ligados con la entidad organizadora y con su propia *scuderia*.

(d) Desde un punto de vista completamente distinto, Gastón Fernández Cruz[942] se aparta de las posiciones anteriores, afirmando que la discusión sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad deportiva, debe considerarse superada a la luz del régimen de unificación de la responsabilidad civil.

> Para el citado profesor, los alcances de la problemática de la responsabilidad civil deportiva son demasiado amplios, así como complejas son las distintas relaciones jurídicas que surgen o pueden surgir de un evento deportivo. Por ello, considera un error reducir ese problema a un simple análisis respecto a si media o no un contrato en la base de dichas relaciones.

---

[941] *Idem.*

[942] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «El fundamento de la responsabilidad civil deportiva». En *Thémis*, n.º 19, 1991, p. 70.

> De esa forma, al no reconocer la existencia de diferencias entre el alcance de la responsabilidad civil, sea derivada de incumplimiento contractual o proveniente de hechos ilícitos, no cree que pueda decirse que la responsabilidad civil deportiva es de naturaleza contractual o extracontractual. Afirma que la responsabilidad civil deportiva escapa a la posibilidad de ser limitada en esos parámetros.
>
> Nosotros no compartimos esta posición. Como hemos venido sosteniendo, no estamos de acuerdo con que se implante un régimen de unificación de la responsabilidad. Instaurarlo implicaría minimizar esa complejidad que el propio profesor atribuye a las relaciones jurídicas que emanan de las actividades deportivas y que hacen inconcebible hablar de un solo régimen, en tanto cada uno posee sus propios matices y plantea problemas y conflictos distintos, frente a los cuales el Derecho debe dar una respuesta.

27.7.2. El fundamento de la responsabilidad civil deportiva

En concepto nuestro, entre las diferentes doctrinas respecto de la naturaleza jurídica de las relaciones existentes entre los deportistas que toman parte en un encuentro, y sobre la responsabilidad civil que de él puede emanar, la más adecuada es la teoría ecléctica. Aceptado esto, nos corresponde desarrollar lo concerniente a los factores atributivos de responsabilidad en el ámbito de los accidentes deportivos.

No es de sorprender que sobre este tema tampoco haya acuerdo por parte de la doctrina. Todo lo contrario; es posible reconocer, por lo menos, dos posiciones diferentes sobre el fundamento de la responsabilidad civil deportiva:

(a) Algunos autores consideran como factor de atribución de esta responsabilidad al riesgo propio de las actividades deportivas a

las que catalogan de peligrosas. Pero, ¿la actividad deportiva es una actividad peligrosa o generadora de riesgos?

Si tomamos como punto de partida lo señalado por Esser,[943] tenemos que la responsabilidad por riesgo implica responder por el peligro puesto por sí mismo. Ello significa que cierta actividad en su realización presenta riesgos específicos que deben ser controlados. No obstante, la actividad riesgosa supone siempre, cuando menos, un cierto grado de peligro adicional al simple riesgo de vivir en común. Por consiguiente, habría que admitir que, para calificar a toda actividad deportiva como actividad riesgosa, el ejercicio del deporte lleva en sí un peligro propio de su naturaleza, que debe ser regulado por los participantes en el evento deportivo y por los organizadores del mismo.

Nosotros no pensamos que sea correcto afirmar que todos los deportes constituyen actividades riesgosas o altamente peligrosas. No podemos generalizar y caer en el absurdo de sostener aquello. Cada actividad deportiva presenta riesgos específicos. Hay deportes que podrían catalogarse como peligrosos y otros como ultra riesgosos, dependiendo de las características particulares de cada uno.

Así, pensamos que el riesgo es solo un criterio que se debe tener en cuenta al momento de analizar la responsabilidad civil deportiva; por ende, no podemos considerarlo como el fundamento de ella. Aunque, repetimos, es un aspecto que no se puede soslayar.

[943] *Ibidem*, p. 69.

(b) Otro sector de la doctrina toma a la culpa como el factor de atribución de la responsabilidad civil deportiva. Esto importa afirmar que en el tema de la responsabilidad deportiva no existe una derogación de las reglas generales sobre apreciación de la culpa, pese a que es preciso tener en claro que la culpa deportiva tiene sus propios rasgos.

Según afirma Bosso[944] «Parece claro que la imprudencia y la falta de diligencia deberán valorarse en atención a la tipicidad específica del juego o deporte y no con relación a las normas de prudencia que rigen para el buen padre de familia.

Por ello, en definitiva, la valoración de la culpa debe sufrir necesariamente adecuaciones con respecto al ejercicio del deporte que nos encontramos valorando».

Concebida de esa manera, la valoración de la culpa debe apreciarse de acuerdo al ejercicio de ciertas actividades deportivas. En consecuencia, resulta primordial determinar si el jugador actuó o no de conformidad a los reglamentos deportivos.

Estos reglamentos son los que regulan la expectativa de conducta y de igualdad de situación de los deportistas que intervienen en la competencia. Sin ellos sería imposible la práctica de cualquier deporte. Como ya hemos indicado anteriormente, se pueden distinguir claramente dos tipos de disposiciones reglamentarias.

- Las reglas destinadas a trazar la marcha del juego, a precisar el modo en que debe realizarse y cuya violación no influye en materia de responsabilidad.[945]

[944] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 77.

[945] Como ejemplo de este tipo de disposiciones podemos mencionar aquella según la cual, en un juego de tenis la pelota no debe rebotar más de una vez.

- Las disposiciones que tienden a imponer prudencia, a evitar brusquedades excesivas. Su incumplimiento puede implicar la imputación de responsabilidad del deportista a quien pueda atribuirse culpa. Estas reglas buscan evitar daños que no se relacionen con la práctica en cuestión. En pocas palabras, el objetivo de esta clase de normas reglamentarias es imponer conductas que tienen directa vinculación con los factores de imputabilidad subjetiva, es decir, con la culpa.

  No obstante, tampoco es factible reducir el fundamento de la responsabilidad civil deportiva a la trasgresión de las reglas de juego. Dicha trasgresión no puede constituirse en el único criterio para juzgar o descartar la culpabilidad. Las características y exigencias típicas de cada deporte suponen que los principios normales de prudencia y diligencia tengan que variar.

  De esta manera, la violación de las disposiciones reglamentarias no es suficiente como para considerar al deportista infractor responsable civilmente, si su conducta no se aleja de lo que es habitual y corriente en la clase de competencia de que se trate. A lo sumo, se podría considerar infractor y hacerse merecedor de una sanción disciplinaria o de carácter reglamentario. No olvidemos que los reglamentos no son normas jurídicas en sentido estricto.

Tras el análisis precedente podemos concluir estas consideraciones sosteniendo que la culpa deportiva es el factor atributivo de la responsabilidad civil deportiva. Esta debe valorarse no solo a la luz de la violación a los reglamentos, sino también de otros criterios, como son el riesgo, la autorización estatal, entre otros.

27.7.3. Teorías en materia de responsabilidad civil deportiva derivada de los daños sufridos por un deportista frente a su competidor

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta la importancia y trascendencia que ha adquirido el deporte, y que ha originado que el Derecho no pueda mantenerse al margen de su regulación, pasaremos a revisar las diferentes teorías que se han elaborado sobre la responsabilidad civil deportiva.

Estas teorías podemos clasificarlas en dos grandes grupos, que luego desarrollaremos:

(a) Teorías absolutorias o excusatorias

(a.1.) Teoría del consentimiento dado por la víctima.

(a.2.) Teoría del consentimiento dado por la víctima en deporte autorizado por el Estado.

(a.3.) Teorías de las causas supralegales de justificación.

(b) Teorías condenatorias

Si bien la mayoría de autores y fallos jurisprudenciales se pronuncian a favor de la irresponsabilidad civil en materia deportiva, en los últimos años, como consecuencia del desarrollo del deporte, resulta posible sostener la responsabilidad del agente causante del daño.

27.7.3.1. Teorías absolutorias

Las posiciones que se encuentran dentro de esta corriente se pronuncian a favor de la irresponsabilidad del deportista que causó el daño a su contendor. Las teorías excusatorias, como acabamos de observar, aceptan una subclasificación, en tanto difieren en el fundamento que debe tenerse en cuenta para exonerar de responsabilidad al jugador.

27.7.3.1.1. Teoría de la aceptación de los riesgos

La primera teoría, y la más reconocida, es la del consentimiento dado por la víctima al daño sufrido. Esta posición, también denominada de la «aceptación de los riesgos», sostiene que la víctima, al participar del deporte en cuestión, presta su consentimiento a la posibilidad de recibir lesiones y perjuicios patrimoniales.[946]

Según expresa Brebbia,[947]

> La eficacia jurídica que tiene el consentimiento, de acuerdo a esta teoría, para eximir de responsabilidad al deportista, se encuentra en que los bienes a los cuales la tutela legal se refiere son bienes jurídicos en cuanto el interés privado los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgarse permiso para su eventual destrucción, tales bienes se tornan inidóneos como objeto de una posible violación jurídica. El consentimiento quita así al acto consentido su contenido de ilicitud en un sentido objetivo.

Son varias las críticas que podemos formular a esta doctrina. En principio, es objetable que cuando los daños son padecidos en la persona física y no en el patrimonio, resulta suficiente y adecuado sostener que el consentimiento absuelve de la responsabilidad. Existen principios éticos y jurídicos que hacen imposible tolerar que se aplique esta tesis cuando los daños son de carácter personal y no patrimonial.

De esta forma, ninguna persona puede disponer de bienes personales como la vida y la integridad, por lo que es absurdo que la lesión de los mismos pierda el carácter de ilícito por el solo hecho de que el damnificado otorgó su consentimiento. Los bienes personales

[946] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 48.
[947] Brebbia, Roberto H. *Op. cit.*, p. 20.

son de interés público, protegidos, por tanto, por el ordenamiento jurídico, el mismo que no admite su renuncia y deposición.

Además del argumento anterior, que deja en evidencia que esta teoría solo es útil cuando el daño sufrido es de naturaleza patrimonial, Aída Kemelmajer[948] cuestiona la tesis del consentimiento de la víctima, a través del siguiente razonamiento:

> [...] Se ha visto que se deben distinguir dos tipos de deportes: los que se practican sin violencia sobre las personas o que dan lugar a una violencia eventual u ocasional, y los que llevan violencia inmediata. Los reglamentos de uno y otro son diferentes; mientras los primeros están hechos para evitar todo daño, los segundos, justamente, prevén cierto tipo de daños, que admiten; otros daños, en cambio, están más allá de cualquier reglamentación.
>
> Por eso acepto como regla la crítica que los Mazeaud formulan a la teoría de asunción de los riesgos, a la que califican de falsa e inútil. Falsa, porque nadie acepta cualquier efecto que provenga de una causa; decir que 'el luchador o el boxeador consiente en perder la vida, ya que el que quiere la causa quiere los efectos, es como decir que la mujer que yace con un hombre consiente en morir en un parto'. Inútil, porque lo que excusa no es la aceptación de los riesgos sino la culpa de la víctima en esa asunción; por ejemplo, si un boxeador sufre durante el combate una crisis cardiaca, cuando ha sido advertido por el médico de su problema.

En pocas palabras, a pesar de que exista el consentimiento de la víctima, de darse los requisitos esenciales para que se configure la responsabilidad civil, el causante del daño tendrá la obligación de indemnizarla.

[948] Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 179 y 180.

27.7.3.1.2. Teoría de la autorización del Estado

Por otra parte, algunos tratadistas, como el insigne Sebastián Soler, aceptan que el consentimiento, por sí solo, no puede convertir en lícito el comportamiento del agente; no obstante, consideran que puede servir de justificación si concurre un segundo elemento: la autorización del Estado acordada para la práctica del deporte en cuestión.

Esta tesis tiene como fundamento la idea de que no es concebible que si el Estado autoriza que se realice, por ejemplo, una pelea de box, paralelamente reprima como delito o sancione como hecho ilícito, posibles y eventuales daños que habitualmente el ejercicio de esa actividad provoca.

Otro profesor que se ubica dentro de esta corriente de pensamiento es Orgaz,[949] quien sustenta la teoría de la causa de justificación o presunción de licitud. Este autor sostiene que si el Estado autoriza y legitima una actividad que entraña de por sí riesgos a sufrir daños, es obvio que con ello está aceptando y legalizando aquellas consecuencias ordinarias y dañosas. Así, rechaza que pueda existir responsabilidad, pues, según afirma, no hay ilicitud.

Bosso[950] rebate ese argumento, sosteniendo que la autorización estatal solo puede dirigirse a la práctica de un deporte determinado, y sin que esto signifique incurrir en excesos que puedan ocasionar lesiones de manera indiscriminada. Afirma que la aceptación de un razonamiento como el de Soler, atenta contra la cláusula constitucional de mayor jerarquía: «promover el bienestar general», toda vez que atenta contra la salud y la vida, que son bienes jurídicos que el Estado protege por considerarlos de primer orden.

[949] Citado por BOSSO, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 55.
[950] *Ibidem*, p. 49.

En igual sentido, Jorge Joaquín Llambías[951] afirma que la autorización administrativa para practicar una actividad bajo las condiciones que esta determine, no es una causa de justificación que pueda liberar al agente. Sostiene que tales autorizaciones se conceden teniendo en cuenta el bien común, pero que de ningún modo dispensan al beneficiario de su deber de obrar con diligencia y de no causar daño a terceros.

27.7.3.1.3. Teoría de las causas supralegales de justificación

Con el objetivo de establecer la no punibilidad de las lesiones y muertes producidas por la práctica del deporte y el tratamiento médico, la doctrina alemana de Derecho Penal ha elaborado las denominadas causas supralegales de justificación. Pese a que se pueden señalar diversas causas, cada cual con una racionalidad propia, es posible encontrar un punto de partida común.

De este modo, podemos decir que estas teorías se basan en la idea de que las normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las cuales una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. El orden jurídico nace en una cultura determinada y consiste en el reconocimiento de los intereses sociales predominantes. Por tanto, la separación de lo lícito y lo ilícito se realiza por el reconocimiento de las normas de cultura. La comprobación de un interés justificado, es el que determina la licitud de las acciones típicas, en la medida en que el interés es reconocido por una norma de cultura, siempre que esta norma de cultura sea reconocida, a su vez, por el Estado.[952]

El argumento esbozado ha sido aplicado en más de una teoría.

[951] LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 563.
[952] BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 24.

Una primera es la doctrina del fin reconocido por el Estado, sustentada por Franz von Liszt. Esta tesis señala que del conjunto de disposiciones jurídicas puede resultar que la persecución de un determinado fin sea vista como justificada. De esta manera, afirma que si el acto es el medio adecuado para alcanzar ese fin reconocido como justificado por el legislador, entonces el acto es legítimo, a pesar de revestir en apariencia los caracteres de un acto punible.[953]

La segunda teoría se basa en la esfera de libertad dejada por el Estado. Esta posición supone que el Estado otorga a los individuos un margen amplio sobre el cual desenvolver su autonomía. De ese modo, si una acción que se ajusta a un ilícito cae en la esfera de aquella libertad que se ha otorgado, se justifica la conducta dañosa. Bajo esta teoría, el valor que posee el consentimiento de la víctima fundamenta la absolución del causante.

Y una tercera teoría es la del fin salutífero y de belleza corporal. Luis Jiménez de Asúa[954] afirma que se deben considerar lícitos los daños producidos durante la práctica de un deporte. Para ello, sostiene que debe elegirse entre el fin general salutífero y de belleza corporal que persigue el deporte y los bienes personales afectados por dicha actividad. Según el famoso profesor español, el Estado, al realizar aquella valoración, se decide por los primeros.

La crítica que puede formularse a todas las teorías supralegales de justificación parte de que la validez jurídica de las normas no implica, necesariamente, que las mismas coincidan con los otros criterios reguladores de la vida social. No se niega esa posibilidad, y en muchos sentidos se aspira a conseguir que el ordenamiento jurídico in-

[953] Citado por Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 50.
[954] Citado por Brebbia, Roberto H. *Op. cit.*, p. 25.

ternalice normas de cultura y de justicia, pero ello no supone que sea una exigencia de validez del mismo.

De igual modo, podemos cuestionar que las causas supralegales únicamente ofrecen dos alternativas. El Derecho supralegal coincide con el legal y, por ende, la teoría es superflua. La otra posibilidad es que simplemente no coincida, lo que supondría la negación del Derecho, salvo que se identifique al mismo con la justicia, pero eso nos llevaría a una suerte de *iusnaturalismo* invertido.

27.7.3.2. Teorías condenatorias

A diferencia de las teorías absolutorias, las condenatorias admiten que las violencias deportivas deben considerarse como hechos ilícitos y, por ende, determinan la posibilidad de imputar responsabilidad civil y penal al agente o causante del daño. De ese modo, las teorías condenatorias establecen que los accidentes deportivos no merecen un tratamiento especial o diferenciado.

Brebbia,[955] al referirse a esta tesis, manifiesta que ella, para fundar su posición, no necesita entrar a indagar en el campo de los principios generales del Derecho, puesto que le es suficiente invocar normas positivas que regulan la responsabilidad aquiliana. A ello agrega, citando a Petrocelli, que las normas que pueden favorecer el incremento de los deportes, no tienen eficacia para excluir el delito y su obligación de resarcimiento.

Bajo esta concepción, es necesario que tengamos en cuenta las observaciones que hemos venido realizando a lo largo de este análisis, respecto de la diferencia entre la culpa común y la culpa deportiva. Asimismo, entendiendo como accidente deportivo a todo aquel que

[955] *Ibidem*, p. 27.

se deriva de la práctica del deporte como efecto normal o corriente de la misma, debemos descartar que los daños causados dolosamente durante la competencia, entren en esa definición.

Ello nos lleva a sostener que si el daño ha sido provocado dolosamente y no como consecuencia racional y ordinaria de la actividad deportiva, se trata de un hecho ilícito común. En consecuencia, el criterio de culpa que deberá aplicarse a la hora de realizar una valoración, será el común u ordinario.

Ahora bien, un sector de la doctrina ha sostenido que en los casos en que el agente actuó aplicando las disposiciones reglamentarias, no se le podrá imputar responsabilidad civil. Por el contrario, si el daño que causa es efecto de una conducta antirreglamentaria, se le considerará responsable. Además, también se podrá atribuir responsabilidad si la conducta del deportista ha estado viciada de imprudencia. Esto, debido a que «en el marco reglamentario de un deporte, tanto los partícipes como los organizadores, no se encuentran dispensados de las obligaciones de prudencia, diligencia y cuidados que se imponen a todo hombre como corolario del deber general de no dañar a los demás[...]».[956]

Una reflexión crítica más profunda nos lleva a afirmar que los elementos que deben tomarse en cuenta al analizar un supuesto de responsabilidad civil deportiva, no pueden limitarse a los esbozados. El hecho de que el sujeto haya actuado o no, según el reglamento del deporte en cuestión, es un factor que nos va a ayudar a realizar la valoración, pero solo si lo acompañamos de otros criterios. Recordemos que el deporte es una superación de la actividad corriente de la persona, e implica un riesgo especial al que se someten los competidores, que incluso alcanza a los terceros espectadores.[957]

[956] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 52.

La autorización administrativa dada por el Estado es un aspecto importante que no podemos obviar, pues implica que el riesgo que entraña la práctica del deporte es lícito.[958] Si el accidente se hubiera producido como consecuencia de la práctica de un «deporte» no reconocido por el Estado, no podría considerarse como un accidente deportivo y los criterios que se tendrían que tener en cuenta serían distintos.

Otro factor que debemos tener presente, es la existencia del consentimiento de los participantes para intervenir en la competencia deportiva. No obstante, al igual que la autorización estatal, por sí solo carece de eficacia para determinar si un sujeto es responsable civilmente.

Asimismo, como hemos afirmado en varias ocasiones, la trasgresión de las reglas de juego no puede constituirse en el único criterio para juzgar o descartar la culpabilidad del agente.

Como expresa Bosso,[959]

> Si la acción cometida no excede los límites de lo normal y corriente en el deporte, el infractor no debe responder jurídicamente por las consecuencias de su acción, pues en este caso no ha obrado culposamente, pese a la violación reglamentaria cometida.

[957] Brebbia, Roberto H. *Op. cit.*, p. 28.

[958] Por supuesto, como hemos tenido ocasión de expresarlo, eso no nos puede llevar a afirmar que tal autorización supone una causa de justificación de la conducta del agente.

[959] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 54.

> En cambio, si la jugada excedió el nivel habitual de conducta en dicho deporte, haya sido o no violación reglamentaria, el infractor deberá ser sancionado penalmente y condenado al pago de los daños y perjuicios sufridos por la víctima.

El riesgo implícito en la práctica deportiva de la que se trate, es otro elemento que no puede pasarse por alto. La valoración de una conducta ilícita no será la misma si se analiza en la práctica de un deporte como el rugby, que si se analiza en el marco de una actividad deportiva como el tenis, solo por citar ejemplos representativos.

Lo antes mencionado nos lleva a sostener que son diversos los factores involucrados en este complejo tema. Un examen adecuado de la culpa deportiva, que nos permita determinar si se debe imputar responsabilidad en un caso concreto, debe tener en cuenta todos esos criterios. Las circunstancias que sirvan de contexto al accidente deportivo, tampoco pueden obviarse, pues es a partir de ellas que se podrá observar si se llegó a configurar el factor atributivo de la culpa.

27.7.4. A modo de conclusión

Sobre la base de todo lo expuesto, podemos afirmar que los accidentes deportivos pueden dar lugar a la imputación de responsabilidad civil. No obstante, por las peculiaridades propias de la práctica deportiva, es necesario, si bien sobre la base de las normas comunes de responsabilidad civil, elaborar un análisis que, a su vez, responda a las especiales características y exigencias que implica el deporte.

La culpa se constituye como el factor atributivo de la responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por un deportista frente a su contendor. Como las circunstancias de tiempo, de personas y de lugar que se configuran en una actividad deportiva difieren de las que integran situaciones comunes, la culpa deportiva posee rasgos particulares.

Como afirma Brebbia,[960]

> [...] la falta de diligencia característica de la culpa debe ser apreciada tomando como patrón el nivel habitual de conducta exigida en el deporte de que se trate, nivel éste que, en principio, está dado por los reglamentos aun cuando éstos no agoten dicho patrón.

De esta forma, no es un único criterio el que determina la responsabilidad civil en el deporte, sino que esta es el resultado de un análisis en el que se deben examinar elementos concurrentes que permitan identificar la presencia de la culpa deportiva, factor atributivo de esta responsabilidad.

Como comentario final, estimamos adecuado recordar que al ser la culpa el factor de atribución, si bien con sus características singulares, las normas que deben adoptarse al momento de resolver, son las contenidas en el Código Civil Peruano de 1984. La valoración de la culpa precisa hacerse bajo la perspectiva de los criterios esbozados; pero una vez determinada, deberán aplicarse los preceptos que el Derecho Civil establece para regular la responsabilidad civil.

Así podemos mencionar, a modo de ejemplo, que una vez probada la culpa del jugador agresor y, por consiguiente, su obligación de indemnizar, si aquel es dependiente de la institución para la cual practica el deporte, la entidad sería responsable de manera solidaria. Por lo tanto, puede hablarse, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1981 de nuestro Código Civil, de responsabilidad refleja de la institución a la cual representa el deportista lesionante.

Entonces será necesario, para que se configure la responsabilidad extracontractual indirecta de la entidad deportiva, la concurrencia de los siguientes elementos:

---

[960] Brebbia, Roberto H. *Op. cit.*, p. 33.

- Que exista un hecho ilícito imputable al dependiente, en este caso el deportista.
- Que medie una relación de dependencia entre el deportista y la entidad, lo cual hay que determinar caso por caso, de acuerdo con las circunstancias y especiales características del deporte y el contrato deportivo que pueda existir.
- Que se cause daño a un tercero, que en el supuesto que analizáramos viene a ser el deportista contendor.
- Que el daño se produzca en ejercicio o con ocasión de las funciones propias del deportista encomendadas por su institución.

Pensamos, para culminar, que queda claro que no son disposiciones normativas específicas las que rigen la responsabilidad civil en materia deportiva, de tal forma que las causas de justificación de la misma son las establecidas por el Derecho Civil. Lo que vuelve específica a la responsabilidad civil deportiva es la manera particular en que debe ser entendida la culpa.

27.8. Responsabilidad civil derivada de los espectáculos deportivos, respecto de daños sufridos por los espectadores

Tomando como marco lo expuesto anteriormente, resultaría impensable sostener que el deporte no ocupa un lugar de privilegio dentro de la vida y el comportamiento humanos. Tal vez sea posible encontrar el fundamento de esta realidad en la propia naturaleza del hombre.

Como expresa Bosso,[961] el ser humano es una unidad compuesta de una parte física, a la que el deporte puede ayudar a conservar o, incluso, mejorar; de una parte espiritual, que se proyecta en su búsqueda de la felicidad; y de un tercer elemento: su conciencia, que es la que integra, a la luz de los valores éticos que alberga, la actividad física y la conducta social.

[961] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 7.

Otro rasgo inherente a toda persona es su competitividad, su afán de mostrarse superior al resto. De ello deriva que a lo largo del tiempo las justas y los combates hayan sido una constante. Hoy, esos combates siguen llevándose a cabo, aunque de manera distinta. De sangrientos enfrentamientos —poco a poco y como resultado de los cambios que cada época ha traído consigo— se ha pasado a las batallas fingidas, en las que la meta del encuentro o competencia es el fin a alcanzar y con ello, el triunfo.

Si bien ya no quedan como saldo heridos ni conquistas territoriales, aún está presente en estas justas propias de nuestra época, la esencia misma de la competencia. Por un lado, la satisfacción del agotado vencedor o de los triunfadores, y por otro la sensación de derrota de sus adversarios circunstanciales; todos los que, con el término del juego, dan por concluido cuanto podía haber de porfía recíproca.

Claro está que el deporte no es solo una actividad, sino que se ha convertido en todo un espectáculo de dimensiones extraordinarias y cuya difusión es uno de los signos más sobresalientes de la época actual. Resulta impresionante la forma en que moviliza muchedumbres, masas que se concentran en días y horas predeterminadas, que son capaces de dar lo que sea con tal de asistir a esos grandes estadios, con el objetivo de ver a sus ídolos y de sentirse parte de este «culto», de este fenómeno social.

Así, esta manifestación colectiva trae aparejado el nacimiento de la empresa del espectáculo deportivo que, generalmente con fines de lucro, ofrece al espectador la oportunidad de presenciar dichos espectáculos. Como es lógico, son complejas las relaciones jurídicas que se forman y nacen paralelamente. El Derecho no les deja de prestar

atención, por lo que regula el fenómeno a través de sus normas y, consecuentemente, valora y califica la conducta de los sujetos que intervienen.

No olvidemos que los accidentes deportivos no son una realidad ajena. Los daños y perjuicios que pueden producirse son muchos, pudiendo tener como víctimas a diversas personas, de la misma manera como la responsabilidad puede recaer en la esfera jurídica de distintos sujetos, dependiendo de las circunstancias del caso.

Tras esta breve introducción, ahora vamos a centrarnos en la responsabilidad civil derivada del deporte como espectáculo con relación al espectador. Desde esta perspectiva, nuestras palabras tienen el propósito de realizar una reflexión crítica, que sea útil para mostrar cómo los espectáculos deportivos —a la vez que constituyen un gran atractivo y poseen un enorme significado para el espíritu humano— constituyen también una constante fuente de riesgos y peligros para los espectadores.

27.8.1. Aspectos generales

27.8.1.1. Marco legislativo. La Ley N.° 26830

Como ya hemos mencionado, el ordenamiento jurídico peruano no permanece al margen de los problemas que se derivan del espectáculo deportivo. La Ley N.° 26830, Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en Espectáculos Deportivos, regula este tema. A pie de página transcribimos su texto, el mismo que permite observar el rol que tienen los diversos sujetos relacionados con el deporte espectáculo, toda vez que nos muestra aspectos importantes que no se pueden dejar de lado al referirnos a la responsabilidad imputable a las esferas jurídicas de estos mismos sujetos.[962]

[962] LEY DE SEGURIDAD Y TRANQUILIDAD PÚBLICA EN ESPECTÁCULOS

DEPORTIVOS

Capítulo I: Sobre la preservación de la seguridad.

Artículo 1.- La Prefectura o Subprefectura según corresponda, tiene la responsabilidad de coordinar con la Policía Nacional del Perú, el Instituto Peruano del Deporte, el Instituto Nacional de Defensa Civil y con las instituciones organizadores de los espectáculos deportivos, las medidas que garanticen las condiciones de seguridad para espectadores, jugadores y público en general, así como las que aseguren la tranquilidad y seguridad pública en los recintos y alrededores de los escenarios destinados para la realización de los espectáculos deportivos.

Artículo 2.- Los organizadores de espectáculos deportivos deberán remitir a la Prefectura o Subprefectura, según corresponda, sus calendarios anuales de competencia nacionales e internacionales, a fin que se coordinen las medidas que el artículo precedente señala. Los espectáculos deportivos no contemplados en estos calendarios anuales, o cualquier variación de los mismos, deben ser comunicados por los organizadores a la Prefectura o Subprefectura, con no menos de 72 horas de anticipación. Los organizadores de espectáculos deportivos deberán cumplir oportunamente con las exigencias que la Prefectura o Subprefectura establezca en cumplimiento de lo señalado por el artículo precedente. En caso de incumplimiento, previo informe del Instituto Nacional de Defensa Civil, la Prefectura o Subprefectura podrá disponer la suspensión del espectáculo. Los organizadores deberán determinar en los escenarios deportivos la ubicación de cada una de las barras, en sectores separados, claramente delimitados, a los cuales sólo podrán ingresar los integrantes de éstas, previa exhibición del boleto de entrada y del carné a que se hace referencia en el Artículo 3. Será responsabilidad de la Policía Nacional del Perú, el control del ingreso y la vigilancia del sector destinado a cada barra, siendo obligación de los clubes o asociaciones deportivas remitir la información y prestar la cooperación necesaria para que la Policía cumpla con este cometido.

Artículo 3.- Para los efectos de esta ley, denomínese barra a aquel grupo de personas asociadas a un club o asociación deportiva debidamente empadronado, para alentar durante el desarrollo de un espectáculo deportivo, al club o asociación deportiva al que pertenezca. Dentro del plazo de 120 días útiles desde la publicación de esta ley, los clubes o asociaciones deportivas establecidas bajo cualquier forma societaria permitida por el Código Civil, deberán empadronar a los integrantes de sus respectivas barras, consignando sus datos de identidad, domicilio, ocupación y/o profesión de cada miembro; los mismos que recibirán un carné otorgado por el club respectivo. Los clubes o asociaciones deportivos implementarán políticas de capacitación y estímulo para los miembros de sus respectivas barras.

Artículo 4.- Prohíbase el ingreso a escenarios o recintos deportivos en los que se desarrollen espectáculos deportivos:

1. De todo tipo de bebidas alcohólicas y de personas en estado de ebriedad o con alteración de su conciencia por efecto de cualquier droga, químico o estupefaciente.

2. De personas con indumentarias, o cualquier tipo de disfraz que limiten su adecuada identificación.
3. De personas que porten cualquier tipo de objeto contundente, arma blanca o de fuego. Sólo podrán ingresar con armas el personal de la Policía Nacional que está asignado para el resguardo de la seguridad del local y del espectáculo, así como de aquel asignado a la seguridad personal de un funcionario público, siempre que éste asista el espectáculo.

Capítulo II: Sobre los delitos y faltas.

Artículo 5.- Los delitos cometidos con ocasión de espectáculos deportivos, podrán ser sancionados hasta con el 50 por ciento más del máximo de pena que les correspondan conforme al Código Penal. Tratándose de faltas, la pena a aplicarse será la máxima fijada para la infracción cometida.

Artículo 6.- Podrán aplicarse además las siguientes penas accesorias:

1. La inhabilitación hasta por quince años para ser representante o dirigente de un club o asociación deportiva.
2. La inhabilitación, por el mismo tiempo que el de la condena, para asociarse a un club o asociación deportiva o para integrar una barra.

Artículo 7.- Los menores de edad, que incurran en las conductas contempladas en el Artículo 5°, serán conducidos ante el Fiscal de Familia, para que proceda conforme a las facultades que le conceden el Código del Niño y el Adolescente. El Juez de Familia podrá imponer como medida socio-educativa la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, los que tendrán una duración no mayor de doce meses. La persona que ejerza la patria potestad o la tutela del menor infractor será civilmente responsable de los perjuicios que éste cause.

Artículo 8.- No procede el beneficio de la libertad provisional, cuando la pena a imponer, conforme el Artículo 5°, sea superior a tres años.

Artículo 9.- Las personas que sin autorización porten artefactos pirotécnicos o similares en un espectáculo deportivo serán sancionadas con prestación de servicios comunitarios y limitación de días libres de veinte a cuarenta jornadas.

Capítulo III: Disposiciones finales.

Primera.- Excepcionalmente, en los espectáculos deportivos que el Prefecto o Subprefecto califique de alto riesgo para la seguridad pública, podrá decretar la prohibición del consumo y expendio de bebidas alcohólicas dentro de un perímetro máximo de cinco manzanas alrededor del lugar donde se lleven a efecto. La medida regirá desde cinco horas antes del inicio del evento y hasta cinco horas después de su finalización. Los establecimientos afectados serán notificados de esta resolución con veinticuatro horas de anticipación a la entrada en vigencia de la misma. En los casos que el riesgo sea inminente, el Prefecto o Subprefecto podrá cancelar la realización del espectáculo deportivo.

Segunda.- Los clubes o asociaciones deportivas deberán dar cumplimiento a las obligaciones que les impone la presente ley, y en su defecto se hacen solidariamente responsables de los daños materiales que ocasionen los integrantes de sus barras.

Así, la Ley N.° 26830 permite apreciar el entramado de relaciones jurídicas que se desarrollan en razón de este tipo de espectáculos.

Son varios los sujetos que se ven envueltos y la responsabilidad de cada uno no puede analizarse desde la misma óptica. Será necesario apreciar el papel que juega cada sujeto, a fin de determinar las pautas a seguir al momento de valorar el supuesto en que algún espectador haya sufrido daños.

Como indica Brebbia,[963] debemos tomar en cuenta que alrededor del deporte espectáculo es fácil distinguir la presencia de verdaderas empresas comerciales que, viviendo de la incontrolable pasión que genera el deporte, ofrecen al espectador interesado la oportunidad de disfrutar —por un precio que se traduce luego en el boleto de entrada— del desarrollo de la competencia en cuestión. Si a esto agregamos el aporte de empresas de publicidad, de radiodifusión y de televisión, no es dable negar el conjunto de intereses que se mueven detrás del espectáculo deportivo.

Estas empresas encargadas de organizar los eventos deportivos se encuentran comprometidas frente al espectador a velar por su seguridad; por lo mismo, son responsables frente a ellos por los perjuicios que pudieran sufrir, tal como veremos más adelante.

Las competencias pueden realizarse en locales de propiedad de la entidad organizadora o, incluso, en ámbitos ajenos, ya sea por ser de propiedad de terceros o de dominio público. Esto resulta trascendente en materia de responsabilidad por daños, en la medida que, en la

Tercera.- En los boletos y entradas de los espectáculos deportivos en todas sus disciplinas, se hará mención que los actos de violencia serán sancionados conforme lo dispone el Código Penal y la presente Ley.

963 BREBBIA, Roberto H. *Op. cit.*, p. 10.

segunda hipótesis, el accidente tenga relación con el estado de las instalaciones. En ese supuesto, la víctima tendrá frente a sí a dos responsables, el organizador y el dueño del local.[964]

Expresa Bosso que

> Como actividad social que es, el deporte, pone en ejercicio funciones del Estado a través de normas jurídicas, como de instituciones diversas, a los efectos de regular la práctica del deporte en sí, como también lo relativo al espectáculo y seguridad del público asistente a los mismos, apareciendo con ello una gama de responsabilidades [...].[965]

Además de su función de policía y de «guardián del orden interno», el Estado puede ver comprometida su responsabilidad a través de sus organismos de un modo distinto, tal como veremos en su momento.

Junto a la responsabilidad de los organizadores y de la Administración Pública, no podemos dejar de tratar la responsabilidad que tienen los deportistas frente al tercero al que causan un daño.

27.8.1.2. Culpa de la víctima

La obligación de prudencia que se debe exigir a la entidad organizadora del evento, así como al deportista y a la Administración Pública, viene acompañada de la obligación de prudencia que es necesario exigir a quien resultó víctima.

Con respecto al ente encargado de la organización del espectáculo, Alterini, Ameal y López Cabana[966] consideran que no surge res-

[964] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 18.
[965] *Ibidem*, p. 17.
[966] *Ibidem*, p. 93.

ponsabilidad, tanto para el jugador como para el ente organizador, cuando el daño se produce por contingencias propias del juego. Para estos profesores, los extraños o terceros aceptan tales contingencias por lo que no se puede configurar ilicitud objetiva. Dichos autores afirman, de ese modo, que debe hacerse prevalecer la teoría de la «asunción del riesgo» conjuntamente con la teoría del «consentimiento prestado por la víctima».

Los argumentos esbozados no nos resultan convincentes, puesto que consideramos que la valoración de la responsabilidad no debe hacerse tomando como único criterio las «contingencias propias del juego». Los factores que intervienen al momento de determinar la culpa deportiva son más complejos e implican la concurrencia de una serie de factores, tal y como lo pudimos observar al estudiar el tema de la responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por un jugador frente a un contendor o competidor.

Por su parte, Bustamante Alsina[967] y Mosset Iturraspe[968] adoptan una posición distinta respecto a este particular.

El primero de ellos sostiene que generalmente los daños deportivos, tratándose de terceros, los sufre la víctima por su propia imprudencia. No obstante, también afirma que cuando el espectador no cometió ningún tipo de imprudencia, e igual experimenta un daño como consecuencia del partido o competición, entonces tiene derecho a reclamar una indemnización contra el organizador, sobre la base del deber de seguridad, implícito en el contrato, que tiene el público asistente.

[967] *Ibidem*, p. 94.
[968] *Ibidem*.

Mosset Iturraspe se pronuncia de manera similar al afirmar que el deportista no debe soportar la obligación de garantía hacia el espectador, por no mediar contrato entre ellos. Esa garantía incumbe al organizador, ya que con él sí lo une un sinalagma sobre el espectáculo público convenido. Mosset expresa, a su vez, que la responsabilidad del deportista es directa cuando actúa como autor del hecho ilícito dañoso, no excluyendo la responsabilidad indirecta o refleja del principal o comitente, si actúa en relación de dependencia.

Lo cierto es que —aunque muchas veces el daño que sufre el espectador es consecuencia de su falta de diligencia, de su imprudencia— en los casos en que no se pueda imputar culpa a la víctima, el daño debe ser resarcido por el autor directo del mismo o por su principal, o bien por el Estado, cuando luego de autorizar la realización del evento no cumplió adecuadamente con su función de policía. En caso de que tras la valoración correspondiente de la conducta, se llegara a determinar que la culpa de la víctima no es suficiente para excluir la responsabilidad del agente, sí podrá disminuirla de manera proporcional, convirtiéndose en un eximente parcial.

Concluimos estos comentarios afirmando que sobre la base de los principios de la responsabilidad civil, así como la apreciación de las características propias de la denominada culpa deportiva, solo se pueden esgrimir como eximentes la culpa de la víctima, la culpa de un tercero por el cual no se esté obligado a responder, y el caso fortuito o de fuerza mayor. Como es lógico, ninguna de estas eximentes se presume sino que debe ser probada por quien la invoca.

No podemos dejar de mencionar otro fenómeno que acompaña al espectáculo deportivo y a la creciente importancia del deporte. Nos referimos a las barras, cuya definición normativa ha sido determinada por el legislador en el artículo 3 de la Ley peruana materia de nuestros comentarios.

Frente a los hechos dañosos, que son atribuibles a la multitud o a las barras, debemos remitirnos a lo desarrollado en torno de la responsabilidad colectiva o responsabilidad de grupo, figura en la que encaja dicho supuesto de hecho.

Pese a que no podemos negar que desde el punto de vista jurídico el grupo no es una persona distinta a la suma de sus componentes, en tanto carece de personería jurídica, aun así es posible que al grupo se le impute la ejecución de una acción riesgosa, que posibilita que alguno de sus miembros ocasione directamente un daño. Esta misma idea fue sustentada en las Quintas Jornadas de Derecho Civil llevadas a cabo en Argentina en el año de 1971. En aquella ocasión se sostuvo que cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados *in solidum* a la reparación, si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo.

En todo caso, en lo que respecta a la culpa de la víctima, si aquélla era parte de la «barra», debemos afirmar que su imprudencia también debe ser valorada, pues esta no desaparece por el hecho de ser una imprudencia compartida con muchos.

La víctima puede ser, por lo tanto, individual o colectivamente culpable si exhibe un comportamiento inadecuado y multiplica, de esa forma, los riesgos y peligros. En el caso de la culpa colectiva, habrá que demostrar que la víctima integraba un grupo perfectamente determinado y, además, la acción riesgosa del propio grupo.

27.8.2. Responsabilidad del deportista con relación al público y terceros

Como recordará el lector, ya analizamos la responsabilidad del deportista frente a su contendor, por los daños que le causa durante la competencia. Fueron varias las conclusiones a las que llegamos, entre ellas, que la naturaleza de la responsabilidad civil imputable al jugador varía de acuerdo con la situación. Así, nos adherimos a la doctri-

na ecléctica, la misma que esgrime la necesidad de acudir a cada circunstancia particular y a las características singulares de cada deporte para definir si existe o no un vínculo jurídico contractual entre los contendores.

El supuesto del que nos ocupamos ahora, esto es, la responsabilidad del deportista frente al público o terceros, no conlleva esa misma dificultad respecto a la naturaleza jurídica de la misma. No parece haber controversia alguna al momento de describir como extracontractual el carácter de esta figura. Ello, pues no hay modo de sostener que existe algún tipo de contrato entre el deportista y los terceros dañados.

De esta manera, y por extraño que parezca, hay uniformidad en la doctrina, al menos en lo concerniente a este aspecto. En cambio, esta uniformidad no se repite en lo relativo al factor atributivo de la responsabilidad. Si bien la doctrina en general admite que las normas a aplicar son las mismas que rigen a la responsabilidad entre los propios atletas, como hemos observado al desarrollar el tema, el contenido y la esencia de esas reglas no son idénticos para todos los autores. Se plantean, por ende, una gran cantidad de teorías y argumentos cuyo análisis ya hemos elaborado, por lo que a él nos remitimos.

Recordemos que la culpa deportiva cuenta con caracteres especiales. Así, el factor atributivo de la responsabilidad en materia deportiva debe valorarse partiendo de la concurrencia de un conjunto de factores, como son la conducta reglamentaria, la autorización estatal para la práctica del deporte en cuestión, el riesgo creado, y las circunstancias, según el tiempo, el lugar y las personas que intervienen.

Para que se configure la responsabilidad extracontractual del deportista será necesario, por consiguiente, que se cumpla con demostrar la convergencia de sus elementos constitutivos, teniendo como factor de atribución a la culpa deportiva, que implica una particular manera de valorar la situación sobre la base del análisis anterior.

Según expresa Carlos Bosso,[969]

> La víctima, entonces, deberá probar la culpa deportiva que le atribuye al deportista causante del daño. Cabe agregar, que la apreciación de esa culpa debe atender a la naturaleza del hecho obrado, partiendo de la base argumental de que se trata de una actividad lícita e incluso estimulada por el Estado, como es la deportiva. Entonces, deberán tenerse en consideración las circunstancias de las personas, del tiempo, del lugar, así como las características especiales del deporte y en qué medios se lleva a cabo el mismo.

Las consideraciones expuestas —pese a estar referidas al espectador como víctima o sujeto pasivo— también son de aplicación respecto de los daños que puedan sufrir el árbitro o las demás personas que intervienen con carácter de colaboradores en la realización de una competencia deportiva, tales como los jueces de línea, los cronometristas, etc.

27.8.3. Responsabilidad del organizador con respecto al público o terceros

El organizador o promotor es la persona física o jurídica que programa y pone en marcha la realización del espectáculo deportivo. Es aquel que asume implícitamente la responsabilidad de la organización y del desempeño general de una o varias competencias deportivas.

Como ya señalamos, estas empresas explotan la pasión deportiva de los espectadores, cobrándoles un monto de ingreso para permitirles asistir a observar un juego o competencia.

La mayoría de autores sostienen que, con relación al público asistente a los espectáculos deportivos, el organizador asume una doble

[969] *Ibidem*, p. 92.

responsabilidad por los daños ocasionados a estos, ya sean daños de índole patrimonial o extrapatrimonial. Por un lado, es posible que el organizador se encuentre obligado extracontractualmente por los ilícitos cometidos por sus dependientes en perjuicio de los asistentes al evento. Por otra parte, afirman que se le puede imputar responsabilidad contractual, en tanto existe un contrato —de espectáculo público— que el organizador y el espectador han celebrado.[970]

Sobre esto último, no son pocos los autores que se han pronunciado. Brebbia,[971] por ejemplo, no duda en expresar que entre el organizador y el tercero se ha formalizado un contrato innominado de espectáculo público, en el que debe considerarse implícita la cláusula de seguridad o incolumidad a favor del espectador que paga su entrada.

Por su parte, Trigo Represas[972] se pronuncia de la misma manera, sosteniendo que habitualmente entre el organizador de la justa deportiva y el espectador se celebra un contrato atípico, en cuya virtud este último abona un derecho de admisión, para poder presenciar el espectáculo. Como bien señala el mencionado profesor, la esencia de aquel contrato puede presentar distintas variantes, a tenor de la diversidad de situaciones que pueden incidir en su estructuración y funcionalidad.

---

[970] La existencia de este vínculo jurídico contractual entre el organizador y el espectador se complementa, en el ámbito de las relaciones deportivas, con otros contratos. José de Aguiar manifiesta, al respecto, que existe, desde el comienzo, entre el ente organizador y los participantes de la competencia, un contrato. Por este, el organizador asume voluntariamente ciertas responsabilidades, determinables de acuerdo a la convención. Ella puede, a su vez, si se trata de una manifestación deportiva colectiva, crear por vía de la estipulación por otro, obligaciones de cada participante con relación a los otros.

[971] Brebbia, Roberto H. *Op. cit.*, p. 45.

[972] Trigo Represas, Félix A. «Responsabilidad derivada del deporte-espectáculo». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, pp. 821 y 822.

Con planteamientos casi idénticos, Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos Mario Bosso, José de Aguiar Dias y Jorge Joaquín Llambías también aceptan la naturaleza contractual de la responsabilidad imputable al organizador por los daños sufridos por el espectador.

Al respecto, pese a que no negamos lo referente al contrato que se celebra entre la entidad que organiza el evento y el espectador, pensamos que el planteamiento esbozado por los tratadistas citados es insuficiente. Consideramos que es más acertada la distinción que realiza Mosset Iturraspe.[973] Este autor tiene el acierto de distinguir entre el concepto de espectador y el de tercero:

> Recurrimos a estas expresiones para aludir al público, en general. A los espectadores «voluntarios» que han contratado la asistencia al evento deportivo, al adquirir la entrada, y a aquellos espectadores «involuntarios», terceros con relación al contrato, meros transeúntes o a quienes se hubieren introducido abusivamente sin adquirir la entrada, en las tribunas o en el espacio reservado al público «voluntario» y contratante.

Es evidente que la situación de estos sujetos no es la misma; sin embargo, eso no impide que puedan invocar una responsabilidad frente a la violación del principio de no dañar. Será necesario probar que se configura la respectiva responsabilidad contractual, en el caso de los espectadores «voluntarios», y extracontractual, en el de los terceros o espectadores «involuntarios».

Como agrega Mosset Iturraspe:[974]

> Quien ha contratado obtiene no sólo la posibilidad de asistir a la competición, sino también el derecho a no correr riesgos distintos y mayores a los derivados del caso fortuito, el hecho de un tercero o su propia im-

---

[973] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo II-B, p. 103.

[974] *Ibidem*, pp. 104 y 105.

prudencia. Y es acreedor de una obligación de seguridad que pesa sobre el empresario del espectáculo deportivo.

En cuanto al espectador clandestino, introducido indebidamente en el estadio o recinto de la competencia, no es posible negarle, por ese solo hecho, la acción resarcitoria; pero ella ha de nacer de un acto ilícito, siendo a cargo de la víctima la prueba de sus presupuestos. Y, por lo demás, la responsabilidad de la entidad organizadora desaparece cuando el espectador clandestino se encontrare en lugares en los que se hubiere prohibido su permanencia, ya que en tales lugares la organización no se hallaba obligada a adoptar medidas especiales de seguridad.

Si el evento deportivo se lleva a cabo en la vía pública, los daños que pudieran sufrir los transeúntes como consecuencia del mismo y de la imprevisión del organizador, también deben ser resarcidos. No encontramos una razón que nos lleve a conclusión distinta.

Ahora bien, el promotor u organizador asume un conjunto de deberes y obligaciones, las mismas que deben ser vistas conforme a la Ley N.° 26830 y al deber de seguridad que se encuentra en la base de dicha norma. En términos generales, podemos distinguir cinco obligaciones básicas que se encuentran interrelacionadas entre sí:

- Cuidar de que los participantes tengan cualidades necesarias para que la competencia se desenvuelva sin peligro.
- Proveer de todo aquello que sea necesario para que el lugar en que se desarrollará la prueba cuente con las condiciones necesarias.[975]

[975] En este supuesto y en caso de que el organizador y el dueño del lugar en que se lleva a cabo el evento sean personas distintas, el organizador tiene acción regresiva contra este por los daños que pudiera sufrir algún sujeto a raíz de las condiciones inadecuadas del local.

- Proporcionar a los participantes los instrumentos y medios cuya provisión esté a su cargo.
- Asegurar que el juego cuente con respaldo policial, es decir debe informar a la Administración Pública para que esta tome las medidas necesarias.
- Adoptar las medidas de precaución requeridas para que los espectadores y los terceros tengan garantizada su seguridad.

En el caso de los supuestos en los que no existe vínculo jurídico contractual entre el promotor del espectáculo deportivo y el sujeto que asiste y forma parte del público, no hay más que decir. Solo queda reiterar que se deben aplicar las reglas correspondientes a la responsabilidad extracontractual, toda vez que la culpa del organizador debe analizarse de acuerdo con la imprevisión e imprudencia con que se haya conducido, de acuerdo con las circunstancias particulares que cada supuesto puede plantear. No olvidemos que cada deporte tiene sus propias características y —por lo mismo— es preciso imprimir esos rasgos a la hora de efectuar la valoración de la conducta. Queda sobrentendido que habrá responsabilidad siempre que la entidad organizadora no cumpla con las exigencias que dispone la Ley N.° 26830.

Aún más interesante y complejo es el caso de la responsabilidad contractual del organizador frente a los espectadores «voluntarios». En varios pasajes de estas reflexiones hemos hecho referencia a la existencia de un contrato innominado o atípico[976] que se celebra entre el promotor y el espectador y del cual se derivan una serie de de-

[976] A diferencia de lo que sostienen algunos autores, entre los que se encuentra José de Aguiar Dias, no pensamos que el contrato que se celebra debe ser, necesariamente, a título oneroso. No encontramos una justificación lo suficientemente sólida como para negar que dicho contrato pueda realizarse a título gratuito.

beres que surgen, a su vez, de reglamentaciones emanadas de la Administración Pública.

Se entiende que todo contrato de espectáculo deportivo tiene incorporada, tácitamente, una cláusula de incolumidad. Ello, pues este contrato, al igual que el de transporte, se caracteriza porque la suerte de la persona de uno de los contratantes queda confiada a la otra parte.[977]

Hay, entonces, en ese contrato innominado celebrado entre el empresario y el espectador, una cláusula implícita de seguridad[978] de los concurrentes, así como la obligación de tomar todas las medidas que la prudencia común y las circunstancias especiales del caso configuren.

---

977 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 546.

978 Se entiende así una obligación tácita de seguridad que es inherente a este tipo de contratos. Hugo Acciarri se pronuncia sobre este instituto jurídico en los siguientes términos: «[...] el instituto aparecía como una obligación tácita a cargo de una de las partes de ciertos contratos, por la cual, además de otras obligaciones —'principales', 'expresas', etc.— que estuviesen a su cargo, asumía también la de no dañar otros bienes —de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial— de su contraparte. Su máximo desarrollo lo alcanzó en contratos tales como los de transporte, de trabajo, de espectáculo público, no obstante lo cual se proyectó sutilmente a otros ámbitos.
Parece bastante claro que la institución nació como un recurso técnico para plasmar un cambio de valoraciones frente a circunstancias de hecho igualmente cambiantes y a un mundo con más riesgos, al que se le enfrentó un concepto de contrato con más contenido que el meramente aparente y literal [...].
[...] Dentro de ese amplio campo de actuación, lo que esta particular regulación hace, no es sino introducir un criterio explícito de definición de la culpa, o —si se lo prefiere—, definir normativamente una forma particular de configuración de un factor (subjetivo, *pero especialmente subjetivo*) de atribución. Y lo hace tomando en cuenta la relación entre prevención adoptada y posibilidad (diferencial entre la víctima y el dañador) de prevención. Todo ello, con miras claras a criterios de eficiencia económica y dentro de una lógica propia de las fundamentaciones del Análisis Económico del Derecho. Corresponde, en consecuencia, hacer una brevísima alusión a los conceptos que allí se conjugan».

Si nos preguntamos sobre el fundamento jurídico que respalda esta obligación de seguridad y, en particular, esta cláusula implícita de incolumidad, habremos de remitirnos al principio de buena fe que debe guiar siempre el comportamiento de los contratantes.

El artículo 1362 del Código Civil Peruano de 1984 dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

De esta manera podemos afirmar que es un principio que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y según «con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión».[979] De allí que resulta lógico suponer que cada parte que celebra el contrato de espectáculo deportivo ha confiado en el cuidado y la previsión que tenía la otra para el cumplimiento de su prestación.

Al respecto Trigo Represas[980] indica que

> La obligación asumida por el organizador de realizar el espectáculo conlleva pues el deber de seguridad, y no se puede concebir al primero sin tal garantía, con la que el público sabe que cuenta al concurrir a aquél; garantía que, puede decirse, se anuda al nexo vinculatorio agregando la savia necesaria que hace funcionar a la *fides* como elemento integrativo y correctivo contractual.

La obligación de seguridad tiene vigencia desde que el espectador ingresa hasta que egresa del local. De este modo, antes, durante y después de concluido el evento, el organizador se encuentra obligado

---

979 Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 111.

980 Trigo Represas, Félix A. «Responsabilidad derivada del deporte-espectáculo». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 823.

frente al espectador a tomar las medidas que se requieran a fin de evitar que este último sufra algún perjuicio, ya sea en su persona o en sus bienes.

La gran mayoría de autores coinciden en sostener que la obligación de seguridad que asume el organizador es de aquellas denominadas como «de resultado», con lo que afirman que la víctima solo debe probar que sufrió un daño y no que el organizador actuó de manera negligente.

Esa es la postura a la que se adhiere, entre otros, Brebbia. El citado tratadista argentino asegura que al ser una obligación de resultado, el espectador damnificado únicamente debe probar el daño sufrido y su relación de causalidad con la realización del espectáculo para que prospere su reclamo de indemnización, ya que la culpa del organizador se infiere de la existencia de las circunstancias anotadas.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia francesas sostienen que la obligación de garantía del empresario que organiza el espectáculo es, en general, «de medios». Sobre la base de ello, consideran que la culpa debe ser probada por la víctima, pues no se presume legalmente.

Como debe advertir el lector, sobre este tema en particular no coincidimos con ninguna de las posturas delineadas. Debe recordarse que no encontramos una razón lo suficientemente sólida como para justificar una clasificación de las obligaciones en aquellas de medios y de resultado.

Pensamos, en cambio, que en la estructura de toda relación obligacional el resultado y el medio para conseguir el mismo, se hallan íntimamente unidos. En una obligación mal llamada de medios, la prestación siempre persigue al resultado.

El objeto de una obligación es siempre la prestación, por lo que —salvo algunas excepciones como la transferencia de propiedad de un bien inmueble cierto— se requiere que el deudor realice algún tipo de actividad, ya sea por acción (obligaciones de dar y de hacer), o por omisión (obligaciones de no hacer). La actividad o, en su caso, la omisión, se configuran así en parte del pago, puesto que el resultado solo se consigue a través de ella. Consideramos, por consiguiente, innecesario y, por qué no decirlo, jurídicamente imposible, distinguir la ejecución de la prestación y su cumplimiento.

Si revisamos los artículos 1329, 1330 y 1331 de nuestro Código Civil, podremos observar que el legislador nacional también ha juzgado que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados es artificiosa, por lo que no la ha tomado en cuenta.

Lo anterior nos lleva a afirmar que la valoración del contenido y forma de cumplimiento de esta obligación de seguridad debe hacerse analizando si el empresario adoptó los principios de prudencia. Esto se debe adecuar a la actividad deportiva de que se trate, exigiéndose mayor diligencia de acuerdo con las circunstancias que sirvan de contexto.

27.8.4. Responsabilidad de la Administración Pública por daños sufridos por los espectadores

Otro de los sujetos que intervienen en este complejo de relaciones jurídicas al que da lugar el espectáculo deportivo es el Estado, a través de la actuación de la Administración Pública.

Si recordamos a Kelsen, tenemos que el Estado es el resultado de una organización social donde el Derecho permite la división del trabajo, la producción y la convivencia pacífica. Al ser una organización se presenta como una unidad compuesta por la población, el territorio, el ordenamiento jurídico, el poder y sus fines.

Todo ello ha determinado que el Estado alcance personería política y jurídica. Como persona política puede crear y reformar el ordenamiento jurídico positivo vigente. Como persona jurídica puede actuar a través de su estructura de órganos, desempeñados por personas físicas o agentes, cuyos actos deben imputarse y atribuirse al propio Estado.[981]

Al concederle al Estado —y a sus entes— esta personería jurídica, esta calidad de sujeto de derechos y obligaciones, se hacen posibles acciones de responsabilidad contra él mismo, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, y su consecuente indemnización.

La finalidad del Estado es la consecución del Bien Común, concepto que implica, a su vez, la búsqueda de un equilibrio adecuado que permita que los derechos subjetivos no sean violentados. Es misión del Estado, a través de sus distintos órganos y ejercitando sus diferentes funciones, velar por el interés general, sin pisotear los intereses particulares.

Como instrumento para llegar a este objetivo tan trascendental, el Estado en ejercicio de su poder cuenta con una serie de facultades. Estas prerrogativas conllevan, al mismo tiempo, una serie de garantías para el administrado, para los ciudadanos. Después de todo, el poder estatal no es más que un instrumento; no es, de ningún modo, un fin en sí mismo, sino que persigue un fin superior: la convivencia pacífica y armónica de los ciudadanos, su bienestar general.[982]

[981] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, p. 138.

[982] Podemos complementar esta idea diciendo que el Derecho objetivo tiene como misión el reconocer y proteger los derechos subjetivos de los ciudadanos y, a su vez, limitarlos en la medida necesaria para asegurar su mayor efectividad.

Para el supuesto que estamos desarrollando, debemos referirnos al poder de policía estatal. Por intermedio de ese poder, que tiene su origen en la Constitución, el órgano administrativo limita la libertad individual hasta donde sea necesario, con el objetivo de conservar el orden público[983] o restablecerlo en caso de que el mismo fuera alterado. Para tales efectos, la Administración Pública cuenta con instrumentos coercitivos y coactivos que puede y, en ocasiones, debe poner en práctica.

Cuando por un mal funcionamiento del servicio gubernamental o municipal, o simplemente público, se producen incidentes que tienen como consecuencia que algún espectador sufra un perjuicio o un daño, la administración pública ve comprometida su responsabilidad. De lo anterior no se puede, de ningún modo, deducir que la entidad organizadora del evento u otros sujetos a los que se les pueda imputar la responsabilidad por el daño producido, puedan «limpiarse las manos».

Al no mediar vínculo contractual entre los espectadores y la Administración, la responsabilidad no puede ser otra que la extracontractual. Como bien sostiene Carlos Mario Bosso,[984] para que la acción resarcitoria proceda, es necesario que se cumplan ciertos presupuestos o requisitos:

(a) Imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Dicha imputación es objetiva, por lo que solo se requiere mostrar la acción, u omisión, de ser el caso, del órgano o funcionario, y no su voluntad de dañar.

[983] Debe entenderse al orden público como las normas establecidas para preservar la seguridad de las personas y de los bienes, así como la integridad física y moral de sus habitantes.

[984] Bosso, Carlos Mario. *Op. cit.*, pp. 148 y 149.

(b) Cumplir de forma irregular los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico le imponga. El Estado, entonces, responderá cuando exista una falta de servicio debidamente determinada.

(c) Que exista un daño cierto en los derechos del administrado, en este caso el espectador.

(d) El necesario nexo causal entre el hecho o acto administrativo y el daño sufrido por el particular.

Podemos sintetizar lo expresado, reafirmando:

> [...] el Estado, que debe promover el bienestar general y proteger a sus habitantes, tiene, en ejercicio de su poder de policía, la obligación de brindar seguridad a los mismos. Y cuando se trata de espectáculos públicos con concurrencia masiva y fervorosa de gente, el Estado debe asegurar el orden público y garantizar la integridad física de los asistentes, aunque para ello deba restringir la actividad de ciertos sujetos y aun en ocasiones reprimir la violencia. A su turno, el deficiente o indebido ejercicio de su poder de policía estatal, sea por omisión, precariedad de la prestación del servicio, o inclusive por su accionar abusivo, puede hacer nacer su responsabilidad civil; de forma que no sólo cabe hablar de conducta antijurídica del Estado por omisión o deficiencias, sino también por excesos, los que además suelen ser muy comunes en el ejercicio del deber de seguridad.
>
> El Estado resultará entonces civilmente responsable, siempre que se acredite una relación causal adecuada entre el incumplimiento de su obligación de seguridad y el daño producido; cuando el damnificado demuestre la existencia de un obrar u omisión de un deber a cargo del Estado, a consecuencia de lo cual hubiese sufrido un perjuicio.[985]

[985] Trigo Represas, Félix A. «Responsabilidad derivada del deporte-espectáculo». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 826.

No obstante todo lo expresado, consideramos importante señalar que el juzgamiento de la Administración Pública debe tener como requisito imprescindible la determinación, en cada caso concreto, del papel que desempeña respecto del espectáculo deportivo. Es preciso, por consiguiente, examinar cada situación para ver si actúa como organizador del evento; si es propietario del local en el que este se lleva a cabo; si se limita a controlar la admisión del público; si su función es solo la de controlar el buen funcionamiento de las instalaciones; o si se encuentra ejerciendo su poder de policía y cumpliendo los deberes que de aquel emanan.

En cada supuesto, la eventual responsabilidad que se le puede imputar es distinta, al igual que diversos son los móviles en que cada una se fundamenta.

Como indica la propia ley, así como la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, nada impide que la responsabilidad sea imputable a más de un sujeto. No se descarta, por ende, supuestos en los que, luego de realizar el análisis correspondiente y la adecuada interpretación de los acontecimientos, pueda haber responsabilidad solidaria entre el Estado, el funcionario directamente responsable y aun con la institución organizadora del espectáculo. Eventualmente también podrían darse, de ser el caso, acciones de reintegro entre los diversos corresponsables.

27.8.5. A modo de conclusión

Para poder dar por finalizadas estas consideraciones, en las que hemos reflexionado sobre algunos de los aspectos más resaltantes de la responsabilidad civil que puede derivarse de los daños sufridos por el público en los espectáculos deportivos, solo queda por expresar una idea. Así, no podemos concluir sin mencionar que resultaría tarea imposible pretender sintetizar, en unas cuantas líneas, lo intrincado

de las relaciones jurídicas a las que da lugar la actividad deportiva, el espectáculo deportivo.

Los supuestos de hecho que presenta la realidad son demasiado disímiles, demasiado complejos. Ello impide que se pueda admitir un único tratamiento, una sola manera de valorar los hechos, calificar la conducta e imputar la responsabilidad civil.

Por el contrario, es notorio que los eventos deportivos —y, en general, la interacción humana y los problemas que de ella surgen— pueden dar lugar a diversas esferas de aplicación de la responsabilidad civil. De igual forma, es notorio que la aplicación de esta responsabilidad no es idéntica en cada supuesto, en tanto el origen, el fundamento de la misma, cuenta con rasgos y matices propios.

Las pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de imputar la responsabilidad al organizador de la competencia deportiva, no son iguales a las que tenemos que emplear para valorar la responsabilidad del deportista o de la Administración Pública. Es necesario, por ende, considerar las circunstancias particulares que sirven de marco para cada situación concreta, de acuerdo con los criterios que hemos examinado.

27.9. Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes

En términos generales puede afirmarse que la persona jurídica constituye una creación del Derecho como respuesta a los nuevos retos de organización que trae consigo el desarrollo de la vida social y económica moderna. Al igual que las personas naturales, la persona jurídica es sujeto de derechos y obligaciones, y al actuar para la consecución de sus fines puede chocar con intereses distintos al propio, dando lugar a algún tipo de conflicto. En el ámbito civil esto puede originar la imputación al ente moral de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual, según sea el caso.

Ahora bien, el tema de la responsabilidad civil de las personas jurídicas no es algo que genere pocas controversias. Todo lo contrario, se trata de una materia que encierra una compleja problemática en tanto la persona jurídica, como ente abstracto que es, necesita de personas físicas a través de las cuales puede realizar las actividades que forman parte de su objeto social. De esta manera, la actuación material de este tipo especial de sujeto de derechos es realizada por las personas naturales que lo componen o se relacionan con él, ya sea como socios, administradores o simples dependientes.

Por lo mismo, en materia de responsabilidad civil es preciso distinguir diversos niveles:

- La responsabilidad civil de los administradores de las personas jurídicas, tema que analizaremos en el punto siguiente.
- La responsabilidad civil de los miembros de la persona jurídica frente al sujeto corporativo y a terceros.
- La responsabilidad civil de las personas jurídicas derivada del obrar de sus administradores o sus representantes y de sus dependientes. Aquí debe tenerse en cuenta los actos o negocios de gestión y los actos ilícitos.[986]

Todos concuerdan en que un rasgo esencial del sujeto corporativo es que su esfera jurídica es autónoma e independiente de la esfera jurídica de los individuos que la conforman. Nadie duda que desde el momento en que nace la persona jurídica surgen dos centros de imputaciones: el del ente moral y el de las personas naturales que la integran, vistas de manera individual. No obstante, diferenciar estos

[986] Espinoza Espinoza, Juan. «Capacidad y responsabilidad civil de la persona jurídica». *Revista Jurídica del Perú*. n.º 17, año XLVIII, octubre-diciembre, 1998, p. 196.

dos centros de imputaciones no es siempre tarea fácil para los operadores del Derecho.

Todo ello, sumado a la gran variedad de sistemas que dividen el pensamiento moderno tanto en lo que se refiere a la responsabilidad civil y sus fundamentos, como respecto de la naturaleza de estos entes jurídicos, ha llevado a plantear diversas soluciones en torno a la responsabilidad civil de la persona jurídica respecto de los hechos de sus administradores o dependientes.

Según el punto de partida que se adopte se puede llegar a soluciones distintas, con diversas consecuencias prácticas de gran relevancia en un mundo como el nuestro donde el tráfico comercial y el desarrollo económico en general hacen inevitable que surjan víctimas que requieren ser indemnizadas.

Así, por ejemplo, para un sector de la doctrina las personas jurídicas son inimputables y, por tanto, no pueden ser responsabilizadas de ningún ilícito, puesto que no existen en la realidad, por lo que la responsabilidad recae en los autores directos del hecho que causó el daño que debe ser reparado. Por otro lado, hay teorías que, basadas en diversos argumentos, aceptan la responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica, pero sin ponerse de acuerdo en si se trata de una responsabilidad directa o de una refleja con relación a sus administradores o dependientes.

Para lograr alcanzar una postura que nos permita dar solución adecuada al problema planteado, va a ser necesario analizar los principales desarrollos doctrinales respecto de la naturaleza de la persona jurídica. Las más importantes teorías se pueden dividir en cuatro grandes grupos y ellas han sido elaboradas a partir del siglo XVIII.

(a) La doctrina de la ficción.

(b) Las teorías denegatorias de la personalidad jurídica.

(c) La doctrina de la persona colectiva real.

(d) La teoría normativa.

Antes de realizar el mencionado análisis, es preciso efectuar una breve revisión del Derecho histórico, para luego llegar a las posiciones más modernas.

Si partimos del Derecho romano, encontramos que en la antigua Roma los juristas trataron los problemas vinculados a la naturaleza de la persona jurídica de manera superficial. Son escasas las fuentes que se han encontrado y las mismas han sido objeto de diversas interpretaciones por parte de los representantes de los dos grandes sistemas que han prevalecido en el pensamiento moderno, esto es la teoría de la ficción y la teoría realista. Cada sistema ha intentado, por medio de dichas interpretaciones, encontrar el fundamento de sus respectivas tesis.

Por un lado, los defensores de la teoría de la persona ficticia consideran que para los romanos, si bien la persona jurídica era un sujeto de derecho, carecía de voluntad y, por ende, de capacidad de obrar.[987] Esta incapacidad de hecho hacía imposible su actuación sin que estuviera de por medio una persona física que la representara. Pero tal representación solo se daba, según los autores de esta tesis, para efectos de los negocios jurídicos; jamás para los delitos o cuasidelitos. De aquí que se pudiera hablar de responsabilidad civil contractual de la persona jurídica, pero de completa inimputabilidad en lo concerniente a su responsabilidad extracontractual.

---

[987] Otero, Claudia y Fiorella Piñero. *Fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 4.

Si el representante cometía un ilícito, incluso actuando en ejercicio de las facultades que el propio ente le había otorgado y en asuntos propios de este, las consecuencias de esa conducta afectaban la esfera jurídica del representante y no del representado.

Por su parte Francesco Ferrara,[988] miembro de la corriente del realismo técnico del que luego hablaremos, no comparte ese análisis. Se inclina —más bien— por considerar que los romanos concebían a la *universitas* como una realidad de la vida social. Asimismo, piensa que por el carácter de unidad abstracta, diferente de la pluralidad de personas que la conforman, y por su naturaleza puramente ideal o jurídica, en Roma se debió negar necesariamente la capacidad delictual de los entes morales.[989]

No obstante lo antes mencionado, no son pocos quienes sostienen que más bien fue el principio de la responsabilidad por actos ilícitos el que predominó en Roma, tanto en su doctrina como en su práctica. Arturo Barcia, que ha elaborado un análisis exhaustivo sobre el tema de la responsabilidad de la persona jurídica, afirma que «respecto de los hechos propios de las corporaciones, actos de *lamaior pars* o de sus órganos y funcionarios (principio mayoritario y funcional), como también respecto de los hechos de sus factores, dependientes o esclavos, en cuanto tales *(actio institoria, actio exercitoria y actio noxalis)*»,[990] responde la persona jurídica.

Posteriormente se desarrollaron otras tesis que se relacionan con los diferentes contextos históricos e ideológicos que le sirvieron de marco.

[988] Ferrara, Francesco. *Op. cit.*

[989] Barcia López, Arturo. *Las personas jurídicas, su responsabilidad civil por actos ilícitos.* Buenos Aires: Valerio Abeledo. Literatura Jurídica, 1922, p. 229.

[990] *Ibidem*, p. 242.

Así, a los romanos les seguirían los glosadores cuyas teorías admitieron la responsabilidad de los entes morales, extendiendo esta al ámbito penal. Luego vendría la doctrina canónica que vio surgir el vocablo de «persona jurídica». A esta le sucedería el periodo de los postglosadores, que constituye una época de estancamiento del Derecho corporativo. Entre los siglos XVI y XVIII se llevó a cabo la difusión y recepción de los desarrollos medievales.

Visto lo anterior, pasemos ahora a analizar las diversas teorías modernas que explican la personalidad jurídica de estos entes colectivos, con el propósito de apreciar las distintas posiciones y fundamentos que han sido esbozados. Para ello, debemos tomar en cuenta que los mayores inconvenientes están relacionados con la responsabilidad extracontractual, en tanto que la responsabilidad contractual no genera mayores conflictos, como observaremos más adelante.

27.9.1. El sistema de la ficción legal

Esta postura ve a la persona jurídica como una persona ficticia, en cuanto no es una persona humana sino una creación artificial del Derecho con fines meramente jurídicos. Parte del supuesto de que el hombre es el único que tiene voluntad y, por tanto, es el único llamado a ser persona.

Admite la posibilidad de extender la personalidad jurídica a estos entes a los que consideran capaces de tener un patrimonio, pero incapaces de querer y obrar en tanto son simples ficciones de la ley.[991] Así concebida la persona jurídica, se sostiene que es imposible imputarle responsabilidad civil, pues esta requiere la aptitud del sujeto para ser pasible de sanción.

[991] Otero, Claudia y Fiorella Piñero. *Op. cit.*, p. 17.

> Además la persona jurídica es un ente creado en orden de su finalidad, de manera que siendo la actividad ilícita extraña al destino especial y esencia de la 'persona' todo lo que haga en este sentido le resulta extraño, comprometiendo sólo al agente humano que haya efectuado el entuerto. Por último, es obvio que el hecho ilícito humano del administrador o gerente, nunca puede alcanzar al ente ideal por cuanto excede de los límites de su mandato.[992]

Para Savigny, representante principal de esta teoría, la responsabilidad civil de las personas jurídicas es inadmisible sobre la base de los argumentos expuestos: su falta de voluntad y capacidad de obrar. A lo mucho acepta la responsabilidad contractual, mas niega la extracontractual asumiendo la imposibilidad de que el ente moral cometa un ilícito. No obstante, acepta que debe indemnizar por cuanto se haya beneficiado con el actuar doloso o culposo de su representante, esto es, basándose en la figura del enriquecimiento indebido y no de la responsabilidad extracontractual.

Autores posteriores al maestro Savigny, si bien conservaron la esencia de esta tesis, desarrollaron diversos argumentos que les permitieran conciliar el excesivo rigorismo lógico de este pensamiento, con las necesidades del comercio jurídico, de tal forma que fuera posible sustentar la imputabilidad de las personas jurídicas. Fueron varios los académicos que llegaron a admitir la responsabilidad extracontractual refleja de estos entes.

Pfeiffer intentó justificar la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas extendiendo el procedimiento artificial de la representación hasta los propios actos ilícitos. Autores como Stobbe y Gerber sostuvieron la responsabilidad extracontractual refleja de las

[992] Cazeaux, Pedro N. y Félix Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 748.

personas ficticias sobre la base de su obligación tácita de garantía respecto de los delitos de sus representantes o empleados.[993]

Por último, otros autores fundan la responsabilidad de las personas jurídicas en motivos de orden práctico y de conveniencia social. Loenning afirma que los sujetos corporativos, para seguridad del comercio, deben cargar con los daños, lo mismo que con las ventajas de su actividad. Para los defensores de esta postura, el principio por el cual los actos del representante benefician o perjudican siempre al representado, no deriva del concepto de representación, ni de la naturaleza de la persona jurídica, sino que responde a una exigencia de equidad.[994]

Gustavo Ordoqui[995] sintetiza esta corriente y sus consecuencias prácticas en los siguientes términos:

> Para la denominada teoría de la ficción *(la persona jurídica)* se trataría de una forma jurídica o de la creación jurídica que por carecer de conciencia y voluntad no sería en principio posible pensar en que incurra en comportamientos ilícitos del momento que en su origen estas creaciones jurídicas sólo son pensadas y autorizadas para actuar en el ámbito exclusivo de la legalidad. La posibilidad de que incurran en ilícitos sólo se concebiría partiendo de 'un imperativo' legal que les atribuya o les impute ciertos actos como suyos [...].
>
> La consecuencia de un enfoque estrictamente formal llevaría a pensar que en definitiva siempre la persona jurídica estaría respondiendo en forma 'indirecta' por lo actuado por sus representantes o mandatarios, que se consideran como algo distinto a su propia estructura.

[993] Barcia López, Arturo. *Op. cit.*, pp. 270 y 271.

[994] *Ibidem*, p. 273.

[995] Ordoqui Castilla, Gustavo. «Responsabilidad civil de las personas jurídicas (sociedades) por acto de sus administradores o dependientes». En *Derecho Civil*, n.º 4, año II, p. 92.

La crítica principal que podemos formular a esta teoría es que su solución se sujeta a concepciones extrajurídicas, derivadas de ideologías antropológicas o naturales, cuando, en realidad, la personalidad jurídica equivale a capacidad jurídica, la misma que es concedida por el Derecho. Es un error partir de la premisa de que existe una plena identidad entre ser humano y persona. Si bien hoy es impensable negar que todo ser humano es una persona, esto responde a razones de orden cultural y filosófico.

Entendida la persona como una individualidad que confiere la calidad de sujeto de derechos y obligaciones, podemos inferir que si bien es verdadero afirmar que todo ser humano es una persona, no es cierto, en cambio, que toda persona sea un ser humano, por cuanto la propia ley puede otorgar tal condición a entes o realidades distintas a aquel. Ese es el caso de la persona jurídica que, en consecuencia, no es una ficción, sino una realidad jurídica, por cuanto se le considera un centro de imputaciones normativas. La existencia o inexistencia de la persona jurídica no debe ser analizada desde una perspectiva ontológica, sino desde el punto de vista legal.

Por consiguiente, puede afirmarse que es un error negar la posible imputabilidad de las personas jurídicas. En todo caso, lo discutible son los alcances de la responsabilidad civil contractual o extracontractual que se les puede imputar por los actos de sus administradores o dependientes.

27.9.2. Teorías que niegan la personalidad jurídica

Como su nombre lo indica, estas teorías niegan la personalidad jurídica de los entes colectivos. Son dos las modalidades que se adscriben a este sistema:

27.9.2.1. Teoría del patrimonio colectivo

En lugar de enseñar que hay dos clases de propiedad, esta doctrina enseña que hay dos clases de personas. Una relacionada a la propiedad individual y otra a la colectiva. Así, no existen personas jurídicas o ficticias, sino patrimonios colectivos.

El punto básico de esta tesis es el de mantener a los sujetos individuales como titulares de los derechos colectivos, negando toda idea de personalidad.[996]

27.9.2.2. Teoría del patrimonio de afectación

Esta teoría sustituye a la persona jurídica por la idea de un patrimonio sujeto a un fin. Se sustenta en la diferencia que existe entre la facultad de disposición que solo puede tener aquel que está dotado de voluntad, y la facultad de goce, que incluso puede tener un animal o una cosa, sin que esto implique su transformación en persona o no, pues aun así puede soportar los beneficios del destino.

Se trataría, entonces, de un patrimonio independiente, que está destinado a un fin y que carece de sujeto y de personalidad jurídica.

Los autores que se ubican dentro de los sistemas analizados no niegan la responsabilidad civil de las personas jurídicas, por razones de justicia y equidad, que implican responder por los perjuicios de la misma forma en que se aprovechan de las ventajas.

Duguit se apoya en la idea del riesgo creado para afirmar que se ha llegado a una respuesta uniforme con respecto a la responsabilidad del sujeto corporativo.

Becker, por su parte, negaba la responsabilidad de las personas corporativas, bajo la lógica de que no puede responder quien no existe.[997] Otra posición acepta que las personas jurídicas son imputa-

---

[996] Otero, Claudia y Fiorella Piñero. *Op. cit.*, p. 24.

[997] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 748.

bles. Este autor niega todo concepto de subjetividad y toda voluntad corporativa, pero insiste en que independientemente del concepto de personalidad, «aquello» que ha provocado un perjuicio debe repararlo.

M. De Vareilles Sommieres, quien concibe a las personas jurídicas como un simple conjunto de individuos asociados, sostiene que su responsabilidad significa la responsabilidad de los asociados, que por motivo de la estructura y del régimen de la asociación son condensados en una persona ficticia. La responsabilidad, por tanto, corresponde a los miembros del ente moral considerados de manera individual.[998]

Podemos cuestionar las dos teorías expuestas desde su esencia misma, pues no compartimos su punto de partida, esto es la negación de la personalidad jurídica de los entes morales. Como mencionamos anteriormente, una persona jurídica es un centro de imputaciones normativas creado por el Derecho y, como tal, posee una esfera jurídica distinta a la de los individuos que integran el ente.

Además, de aceptar la concepción contraria, ella no explicaría los diversos argumentos de algunos de sus defensores, quienes a pesar de negar la personalidad jurídica del sujeto corporativo llegan a imputarle responsabilidad. Si fuera así, ¿cómo hacer responsable de un hecho a algo inexistente?

27.9.3. Doctrina de la persona colectiva real

Las teorías que se insertan en este sistema se basan en la premisa de que persona no equivale a hombre y, por tanto, de que un sujeto de derecho no es únicamente un ser humano, de donde deducen que las personas jurídicas son realidades.

[998] Barcia López, Arturo. *Op. cit.*, pp. 277 y 278.

Dentro de este sistema encontramos variadas teorías, las que aceptan, a su vez, diversas tesis que pasamos a enumerar brevemente.

27.9.3.1. Teorías de la realidad objetiva

Quienes apoyan esta posición consideran que las personas colectivas presentan caracteres objetivos análogos a las personas físicas y, por ende, responden a la misma definición filosófica que la persona natural.

«Los autores realistas que hacen radicar la subjetividad jurídica con la filosófica, asimilan, en un todo, el ser colectivo al individuo físico y le atribuyen una capacidad natural de querer y de obrar, semejante o análoga a la de este último, la cual se extiende a todos los actos de la vida civil: lícitos e ilícitos. Se trata aquí, de una realidad orgánica, biológica o psíquica de las personas jurídicas, de una voluntad personal y propia del ser ideal, de autoconciencia y de autodeterminación análoga a la del hombre y por consiguiente, tan natural, responsable y válida como ella. De ahí la absoluta equiparación de la persona colectiva a la persona humana, en orden a la capacidad delictual, y su lógica consecuencia: la responsabilidad civil, y aun penal, por actos ilícitos».[999]

Entre las teorías que se insertan en esta doctrina destaca la organicista, que se basa en la idea de que los miembros de las personas jurídicas equivalen a las células que forman el cuerpo humano. Las personas naturales que integran la persona jurídica desempeñarían el mecanismo de la volición social, esto es el mismo papel que las células del hombre en la voluntad del mismo. Como consecuencia, al grupo debe dársele igual tratamiento que a los individuos; así, el ente también tiene capacidad volitiva.

[999] *Ibidem*, pp. 281 y 282.

Otra de las teorías que aquí se ubican es la de Zitelmann, según la cual las personas jurídicas son voluntades incorporales. Conforme a este autor, en una corporación, si bien hay pluralidad de sujetos, lo que se une no son los individuos sino las voluntades y solo en cuanto estén dirigidas al objeto social, al objeto común del ente. No hay una suma de individuos sino de voluntades.

La teoría de Gierke resulta incluso más significativa al sostener que la persona jurídica es capaz de querer y de obrar, para lo cual se vale de sus órganos sociales y de sus representantes. Para este académico la persona colectiva quiere y obra por medio de sus órganos. Al igual que la persona física, solo puede manifestar su actividad por la cooperación de sus órganos corporales; de esa forma el ente social expresa su voluntad y la realiza por medio de órganos.[1000]

Las tesis esbozadas en estas breves líneas no hacen sino demostrar que es posible imputar responsabilidad civil a las personas jurídicas.

27.9.3.2. Teorías de la realidad técnica

Estas teorías afirman que la existencia de la persona jurídica no es una ficción, sino una realidad, pero una realidad técnica, es decir, la traducción más simple y lógica de fenómenos jurídicos ya indiscutidos.

Como destaca Barcia,[1001] se parte de la idea de que la voluntad de la persona jurídica es una voluntad real, que la ley reconoce como propia del ente moral. Ese reconocimiento no es arbitrario, pues responde a la necesidad de reflejar con fidelidad y traducir con exactitud los hechos y fenómenos de la vida social.

Los autores que trabajaron sus ideas sobre la base de esa posición son, entre otros, Michoud y Ferrara.

[1000] Otero, Claudia y Fiorella Piñero. *Op. cit.*, p. 38.
[1001] Barcia López, Arturo. *Op. cit.*, p. 289.

El primero de ellos concibe a la persona jurídica como una agrupación humana, titular de un interés permanente y colectivo, que cuenta con una organización capaz de desarrollar una voluntad colectiva y que ha sido reconocida por la ley.

Michoud sostiene que la responsabilidad de la persona jurídica por los actos ilícitos de sus órganos no es indirecta, sino directa por cuanto ante los ojos de la ley, el acto del órgano es el acto de la persona jurídica misma. En cambio su responsabilidad será refleja con relación a los ilícitos cometidos por sus empleados o dependientes.[1002]

Por su parte, Ferrara concibe al ente moral como un fenómeno de asociación y de organización ya existente en la vida de la sociedad, a la cual el ordenamiento otorga personalidad jurídica.

El maestro italiano no duda que las personas jurídicas sean capaces de cometer ilícitos por cuanto forman parte de la vida jurídica y pueden obrar bien o mal, debiendo responder por las consecuencias de sus actos. Ferrara consagra la responsabilidad indirecta del ente moral.

Podemos afirmar que para la teoría realista no hay duda de que la persona jurídica debe asumir la plena responsabilidad de todos sus actos, y no solo de los que le conllevan ventajas y beneficios.

27.9.4. La teoría normativa

Kelsen, representante de esta tesis, concibe a la persona como un concepto que alude al término de la imputación que hacen las normas jurídicas, es decir como un centro de imputaciones normativas.

[1002] *Ibidem*, p. 290.

Como afirman Cazeaux y Trigo Represas,[1003] desde el punto de vista de esta teoría, «[...] la persona jurídica no tiene más existencia que la 'conceptual', derivada de las normas que hacen esas imputaciones, todo consiste en una 'tarea de interpretación jurídica' (es decir, comprensión de los procederes humanos a juzgar mediante las normas) para saber quién y cómo deberá hacer efectiva esa responsabilidad».

Como hemos podido observar, son varias las soluciones planteadas en torno al tema de la responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos realizados por sus administradores o dependientes. Vistas ya las principales corrientes al respecto, pasemos ahora a realizar una reflexión crítica sobre el tema en cuestión.

En principio debemos precisar que la persona jurídica es un sujeto de derechos y obligaciones; por lo mismo no se discute que tiene capacidad de goce, ya que se trata de un atributo de la personalidad.

Existen, en cambio, mayores inconvenientes para llegar a un acuerdo respecto a si la persona jurídica posee o no posee capacidad de ejercicio, pues al ser una construcción jurídica, necesita de personas naturales a través de las cuales actuar.

De esta forma, el sujeto colectivo requiere de representantes para poder obrar. Juan Espinoza Espinoza[1004] ha acertado en indicar que es preciso diferenciar la representación orgánica, que corresponde a los directivos de la persona jurídica y en la que los poderes se otorgan al cargo u órgano, de la representación voluntaria, en la que el poder de representación se confiere a una persona con independencia de su relación con dicha persona jurídica.

[1003] Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, p. 749.
[1004] Espinoza Espinoza, Juan. *Op. cit.*, p. 197.

Esta distinción tiene gran relevancia si fundamos nuestro razonamiento en la teoría realista u organicista, según la cual la persona jurídica cuenta con órganos que integran su estructura y funcionalidad directa. Dichos órganos se caracterizan porque su calidad de representante deriva de la constitución misma del ente social. Bajo esta teoría, el órgano es siempre el depositario y el vehículo o portador de la voluntad de la persona jurídica. Así, no es que el órgano obre en lugar de la persona jurídica, sino que la persona jurídica obra a través de su órgano.

La teoría organicista sostiene, entonces, que el órgano es el ente por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio. Por ende, se puede afirmar que de darse un supuesto que conlleve la imputación de responsabilidad extracontractual derivado de la conducta de quienes actúan como órgano, esta siempre será directa. Claro está, mientras se cumplan dos condiciones:

- Que el órgano que toma el acuerdo e impera su ejecución se encuentre legalmente constituido, de acuerdo a la ley o al estatuto de la persona jurídica.
- Que dicho órgano actúe dentro de las funciones que le han sido conferidas, es decir, sin extralimitarse de sus facultades.

Si, en cambio, en vez de órganos hablamos solo de representantes, tendríamos que considerar la teoría de la representación. Desde esta posición es difícil sostener la responsabilidad extracontractual directa de las personas jurídicas, pues la representación es una modalidad de los actos jurídicos y no de los ilícitos civiles. Así se puede contratar en lugar y nombre de otro, pero no puede causarse daño con la comisión de un ilícito en su representación.[1005]

[1005] Zelaya Etchegaray, Pedro N. «Sobre la responsabilidad extracontractual de las per-

Resulta imperativo, en consecuencia, determinar si estamos frente a un supuesto de representación orgánica que conlleva la responsabilidad directa de la persona jurídica, o de una representación donde la legitimación del representante es derivada y no originaria, por lo que la responsabilidad extracontracual del sujeto corporativo solo podrá ser refleja.

En conclusión, hasta aquí podemos sostener que la persona jurídica sí tiene capacidad de ejercicio con base en lo desarrollado sobre la teoría de la representación orgánica. Esto implica afirmar que puede imputársele responsabilidad extracontractual directa por los actos de sus administradores cuando estos actúan en su función de órganos y de acuerdo a las facultades que les fueron concedidas. No ocurrirá lo mismo tratándose de actos de sus dependientes, o de representantes que no tengan la calidad de órganos. En esos supuestos solo podrá sostenerse la responsabilidad extracontractual indirecta, como tendremos ocasión de explicar.

No podemos pasar por alto, al admitir la capacidad de goce y ejercicio de los sujetos corporativos, la importancia del objeto social, en tanto delimita la actividad de la persona jurídica y ayuda a determinar el interés social.

Alfredo Ferrero[1006] destaca que el objeto social, asimismo, delimita la competencia de los órganos sociales y fija los límites a las facultades de los representantes del ente moral, ya que no podrán actuar más allá o en contra del mismo.

sonas jurídicas en el Código civil chileno». *Revista Chilena de Derecho*, n.º 3, vol. 13, septiembre-diciembre 1986, p. 533.

[1006] Ferrero Diez Canseco, Alfredo. «La función e importancia del objeto social en las sociedades mercantiles». *Ius et Veritas*, n.º 13, año 7, noviembre 1996, p. 164.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley General de Sociedades señala, en su artículo 12, lo siguiente:

> Artículo 12.- La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.
>
> Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.
>
> La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social.

Esta norma busca dar mayor protección al tercero de buena fe. Enrique Elías Laroza,[1007] al comentar el precepto, señala que el tercero que contrata con una sociedad, tiene una sola obligación: Verificar si las personas que contrataron con ellos tienen poderes suficientes de la sociedad y si esos poderes fueron otorgados por órganos sociales que estaban autorizados por el estatuto o por la ley. Comprobados los poderes, si estos son conformes, el tercero sabe que la sociedad queda obligada.

Dicho principio resulta aplicable a cualquier modalidad de persona jurídica. Él se basa en la doctrina de los actos propios, por la cual nadie puede actuar contra sus propios actos. Así, pese a que las acti-

[1007] Elías Laroza, Enrique. *Derecho Societario peruano*. Trujillo: Editorial Normas Legales, 2000, p. 44.

vidades a las que se haya comprometido excedan su objeto social, queda obligada en la medida en que la persona natural por la cual actuó estaba autorizada para celebrar ese acto jurídico.

El citado artículo 12 de la Ley General de Sociedades sirve, además, para darnos cuenta que es preciso distinguir la relación interna (administrador-sociedad), en la cual el acto puede ser inválido por contravenir disposiciones estatutarias, de la relación externa por la cual, a pesar de ello, el ente moral debe asumir las consecuencias dañosas del mismo frente a terceros.

27.9.5. Nuestra opinión sobre la responsabilidad civil de los entes morales

27.9.5.1. La responsabilidad civil contractual de la persona jurídica

En lo que respecta a la responsabilidad civil contractual, su análisis no acarrea mayores problemas, en tanto estos entes, en su condición de personas, pueden celebrar toda clase de actos jurídicos y, por consiguiente, adquirir derechos y asumir obligaciones por medio del ejercicio de su autonomía privada. Si celebrado el contrato, la persona jurídica incumple o cumple tardía, defectuosa o parcialmente la prestación a la que se había obligado ante su acreedor, por causas a ella imputables, se aplica lo previsto por el artículo 1321 del Código Civil.

Aquello se fundamenta en que, establecida la personalidad jurídica del ente moral como necesaria para su actuación en el campo de las relaciones jurídicas, sería ilógico que no asumiera también su responsabilidad contractual.[1008] No imputarle esta responsabilidad por los daños que cause al incumplir los contratos que celebra implicaría

[1008] Espinoza Espinoza, Juan. *Op. cit.*, p. 198.

otorgarle un privilegio inexplicable que perjudicaría el tráfico comercial. Nadie contrataría con las personas jurídicas si pudieran evadirse del cumplimiento del contrato sin responsabilidad alguna.

Para que se configure la responsabilidad de la persona jurídica es necesario que el contrato haya sido validamente celebrado. Por lo demás, el ente moral únicamente queda obligado si el representante actuó dentro de los limites de sus facultades y respetando el estatuto.

El artículo 13 de la Ley General de Sociedades dispone al respecto lo siguiente:

> Artículo 13.- Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella.
>
> La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores.

Los fundamentos que respaldan esta posición, aceptada por la doctrina en general, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

(a) El contrato vincula a la persona jurídica en tanto fue celebrado en su nombre y de acuerdo a las facultades que ella misma le otorgó a su representante. Por ende, es la persona jurídica y no la persona física que la representó, la que se encuentra obligada frente a su co-contratante. Si incumple lo estipulado en el acto jurídico debe asumir las obligaciones que de ello se deriven.

(b) Existen también razones de equidad y de necesidad práctica de la vida social: Los terceros, al relacionarse con la persona jurídica, toman en cuenta la solvencia de esta y no la de las personas físicas que la representan.

[1009] Ordoqui Castilla, Gustavo. *Op. cit.*, p. 93.

27.9.5.2. La responsabilidad extracontractual de la persona jurídica

Un sector de la doctrina, cuya posición no compartimos, sostiene que el fundamento de que la persona jurídica asuma las consecuencias de los actos ilícitos de sus órganos o dependientes, cuando estos actúan fuera de los límites de las facultades que les han sido conferidas, se resume en la teoría de la apariencia.

> La protección de la confianza y la necesidad de seguridad jurídica en las relaciones jurídicas llevan a que en el orden jurídico, como aplicación del principio general de buena fe, se institucionalice la denominada teoría de la apariencia como medio de protección al tercero de buena fe.[1009]

Según esta teoría las personas jurídicas, además de responder por lo actuado por sus órganos dentro del límite de sus facultades, también responden por lo que es aparente como tal. El fundamento de la responsabilidad —en ese caso— consistiría en que más allá de que exista o no culpa, se deben asumir las consecuencias de la apariencia creada cuando se indujo en error excusable al tercero.

Por su parte, Juan Espinoza[1010] asume una posición distinta: «En materia de responsabilidad extracontractual resulta un principio fundamental el de la irresponsabilidad directa de la persona jurídica. Este tipo especial de sujeto de derecho responde de manera indirecta. El fundamento de esta responsabilidad no reside en una presunta culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la persona jurídica, con respecto a sus representantes, por cuanto 'la negligencia de la persona jurídica en la elección o en la vigilancia de sus órganos no es más que la negligencia de algunas personas físicas, en el desempeño de sus atribuciones institucionales'. Es por ello que se perfila con más consistencia que la responsabilidad de la persona jurídica es de carácter objetivo, siendo

[1010] Espinoza Espinoza, Juan. *Op. cit.*, p. 198.

el factor de atribución el 'riesgo creado por ellas a raíz de su actuación: quien genera riesgos con el desarrollo de su finalidad, debe equiparativamente asumirlos'. Sin embargo es importante delimitar si el representante (u órgano) ha actuado en el ejercicio (o con ocasión) de sus funciones, con el resultado que se genere —como lo habíamos anticipado— en vía solidaria, una responsabilidad directa del agente y una responsabilidad indirecta de la persona jurídica».

Al igual que Espinoza, creemos que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas se basa en la idea del riesgo creado con su actividad. De la misma forma que la persona jurídica asume los beneficios de su actividad, debe asumir las pérdidas. El riesgo del daño causado por el sujeto corporativo, es una de las posibilidades de pérdida que le corresponde como correlato a las probabilidades de ganancia.

Respecto al tipo de responsabilidad que asumiría, pensamos, a diferencia de Espinoza Espinoza, que ella no siempre es refleja. Para tal efecto nos basamos en la teoría organicista. Esta teoría, como ya tuvimos ocasión de observar, otorga la posibilidad de que la persona jurídica responda de manera directa por los actos cometidos por sus órganos cuando estos no excedieron sus funciones o facultades y actuaron de conformidad al estatuto y a la ley.[1011]

No olvidemos que aunque ningún estatuto o ley puede facultar al órgano para cometer ilícitos civiles, es perfectamente posible que, ejerciendo su giro ordinario, se cause un daño a un tercero.[1012]

[1011] Esta responsabilidad directa se funda en la tesis de que el órgano es el depositario de la voluntad de la persona jurídica. Cuando actúa el órgano es como si estuviera actuando el propio sujeto corporativo, por lo que las consecuencias derivadas de ese actuar deben ser vistas como propias.

[1012] Zelaya Etchegaray, Pedro N. *Op. cit.*, p. 536.

Habrá, en cambio, responsabilidad por el hecho ajeno en la medida que aquella sea consecuencia del actuar de los representantes y de sus dependientes.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma específica que regule la responsabilidad de la persona jurídica por los ilícitos cometidos por sus administradores o por sus dependientes. Si partimos de lo establecido por el Código Civil en su artículo 1981, podemos sostener que sería responsable de manera indirecta por los ilícitos cometidos por sus subordinados, siempre que estuvieran actuando en el ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. La responsabilidad es solidaria y, en consecuencia, ambos están obligados frente a la víctima por la indemnización correspondiente. Por ende, se siguen las normas referidas a las obligaciones solidarias.

Cuando la persona jurídica es responsable indirecta, tiene derecho, en caso de haber cumplido con el pago de la indemnización, a repetir contra el autor directo del ilícito civil.

El citado artículo 1981 no podría ampliarse para ser aplicado a cualquier supuesto en que la responsabilidad civil del ente moral derive del actuar de sus administradores. De hacerlo estaríamos desnaturalizando la norma, la misma que ha sido concebida para los casos en que el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra a las órdenes de otra, ejecutando solo las decisiones de esta última.

27.10. Responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas

En el punto anterior hemos desarrollado el tema de la responsabilidad civil de las personas jurídicas derivada de los actos de sus administradores y de sus dependientes. Mencionamos allí que aquella responsabilidad solo era uno de los niveles sobre la base de los cuales se podía analizar la responsabilidad civil en el contexto de la actividad de estos entes. En esta parte de nuestro estudio nos vamos a centrar

en la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas, tema de singular importancia y actualidad.

En principio, además de tener en cuenta lo expresado en el punto precedente, es necesario partir de algunas nociones generales que nos permitan reconocer la función de los directores y los criterios que deben tomarse en cuenta al momento de someter a juicio su responsabilidad.

27.10.1. Consideraciones generales. Importancia del directorio

Hoy la sociedad anónima es la modalidad de persona jurídica que posee mayor relevancia, por cuanto constituye el tipo social más utilizado por los empresarios. Puede ser definida como una «organización jurídica sostenida por el capital que aportan los socios, el mismo que se destina a la explotación de la empresa y que mantiene como principio y pilar doctrinario básico que el socio no responde más allá de lo aportado, siendo este el límite máximo de su responsabilidad».[1013]

Así definida, podemos observar que la sociedad anónima ofrece —al menos— tres beneficios que la hacen muy atractiva. Ellos son los siguientes:

- Permite amortiguar los efectos del riesgo empresarial, al distribuirlo entre varios socios que aportan capital y que están respaldados por el principio de la responsabilidad limitada que separa su esfera jurídica de la esfera de la sociedad anónima.
- Posee gran flexibilidad en su funcionamiento.
- La fácil transmisibilidad de sus títulos brinda mayores posibilidades de negociación.

[1013] Ferrero Diez Canseco, Alfredo. «Las formas especiales de sociedad anónima en la nueva Ley de Sociedades». *Thémis*, n.º 37, abril 1999, p. 19.

Bajo esta perspectiva, la sociedad anónima representa una de las figuras predominantes dentro del sistema económico capitalista que actualmente gobierna al mercado y a la producción. Al analizar su organización interna, destaca el que los accionistas responden a diversos intereses. Pese a que estos intereses se pueden identificar con uno común y genérico, como es el fin de lucro, ese afán de obtener beneficios económicos no se representa de la misma manera para todos.

Tal como expresa José María Garreta Such:[1014]

> Efectivamente, consciente o inconscientemente, voluntaria o involuntariamente, los capitalistas de mayor poder en el seno de las empresas se apropian de los derechos económicos y políticos de los capitalistas minoritarios, y a su vez estos últimos, constantemente hacen dejación de sus derechos de propiedad, probablemente conocedores de la inutilidad de su reclamación, convirtiéndose en inversores preocupados por la rentabilidad de su crédito contra la sociedad.

De esta forma podemos identificar, según su interés, diversas clases de accionistas. Alfredo Ferrero[1015] distingue hasta tres clases de accionistas: los accionistas de mando o gestión; los accionistas rentistas o de colocación; y los accionistas jugadores o mercaderes, llamados también de especulación o nómadas.

Los accionistas de mando son los que tienen ánimo o carácter de permanencia. Vienen a ser los promotores de la actividad empresarial y tienen como objetivo el fortalecimiento de la empresa. Los rentistas, en cambio, no se encuentran interesados en la gestión social, pues solo les importa la obtención de dividendos. Por su parte, los accionistas de especulación se caracterizan por comprar y vender ac-

[1014] Garreta Such, José María. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1991, pp. 25 y 26.

[1015] Ferrero Diez Canseco, Alfredo. *Op. cit.*, p. 20.

ciones para obtener una ganancia en el valor de las mismas. De esta forma, a los accionistas mercaderes les interesa el valor de la acción y no la política de dividendos.

Esta diversidad de intereses hace inevitable la presencia de un conflicto perenne entre los accionistas que aspiran a tener dividendos a corto y/o a mediano plazo y los accionistas de mando que persiguen la estabilidad del negocio y beneficios a largo plazo.

Una de las diversas consecuencias de este conflicto se percibe en las juntas generales de accionistas, en cuyas asambleas ya no se decide por mayoría sino por minorías calificadas. El concebir a la junta general de accionistas como sede de la soberanía accionaria ha dejado de ser un principio societario. Las causas son diversas: gran ausentismo por parte de accionistas que no tienen mayor interés en la toma de decisiones relativas al funcionamiento de la empresa; la existencia de diversas clases de acciones, donde existen las acciones sin derecho a voto; la desaparición del accionista individual y la aparición del grupo accionario; la delegación de poderes en la administración, entre otros.

Refiere la doctrina que a esto se suma lo complejo del mercado y de la estructura social, que exige experiencia y conocimientos para la adecuada conducción de la sociedad anónima. Cada vez se torna más imperativo el delegar el gobierno y la toma de decisiones en personas que tengan la capacidad de analizar, investigar y, en general, lograr que la empresa realice con éxito las actividades propias de su objeto social.

De esta forma, es notorio que entre los muchos efectos que se derivan del capitalismo, se encuentra la disociación entre la propiedad y la gestión dentro de las personas jurídicas. Los beneficios de los accionistas ya no dependen tanto de su propia iniciativa o energía, sino de la administración.

Aquella disociación[1016] implica, por consiguiente, que el directorio, como órgano colegiado con facultades de representación legal y de gestión administrativa para la consecución del fin social, cobre una importancia cada vez más creciente. Ello, al punto que la doctrina actual llega a cuestionar cuál es el órgano más relevante dentro de la estructura social: la junta general de accionistas que decide sobre aspectos estructurales, o el directorio, cuyo ámbito de decisión se centra en los aspectos de gestión y administración.[1017]

Al respecto José María Garreta Such[1018] señala lo siguiente:

> Lo grave no es que este desplazamiento del poder se haya producido, sino la influencia que sobre el control de la Sociedad Anónima ha ocasionado, entregándolo en manos de sus directores y de sus *managers*, quienes frecuentemente no tienen participación alguna de ella, como no sea en el reparto de beneficio; ello encuadra mal con el principio *ubi luvrum ibi est periculum*, puesto que ninguna responsabilidad, ningún riesgo asume la tecnoestructura, salvo su empleo. La separación entre accionistas y sociedad por la inclusión de los directores es tal que, siguiendo a Iglesias Prada «podría afirmarse que la empresa sigue una vida independiente, que afectada por la separación entre patrimonio y propietario vive con autonomía como si no fuese propiedad de nadie; como consecuencia, el abandono de la ilusionada configuración democrática del poder» le parece obvia; el conflicto, entre mayorías y minorías ha sido resuelto en la práctica con el triunfo de éstas, concluyendo que «el poder se concentra en minorías inversamente proporcionales a la dimensión y envergadura de la sociedad, en el llamado grupo de mando que escoge de su seno o fuera de él a personas cuya fidelidad y condiciones de aptitud no ofrecen duda».

[1016] La disociación se hace más evidente en las sociedades anónimas abiertas, cuya estructura y características especiales muestran al accionista como principal suministrador de capital, alejado de la toma de decisiones, a excepción de un reducido número de los mismos que se involucran con la gestión.

[1017] Sin perjuicio de lo expuesto, debemos tener en cuenta que en la esencia de ese fenómeno no existe una disociación entre el poder económico y la propiedad de la riqueza. El poder está siempre en manos de quien tiene el capital, aunque minoritario, cuando este es suficiente para dominar la Junta General de Accionistas; los administradores están siempre al servicio del capital de mando.

[1018] Garreta Such, José María. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

Es lógico que al incrementarse la relevancia de la función del directorio como órgano de gestión social permanente en la sociedad anónima, sea necesario, paralelamente, el incremento de los parámetros de responsabilidad de sus integrantes.

No es de extrañar, por ende, que en el siglo XX las legislaciones, incluida la nuestra, hayan señalado que los miembros del órgano de administración son los verdaderos responsables, junto con los gerentes; pero, en mayor medida, son responsables de las irregularidades que ocurren en las sociedades y de los daños y perjuicios que originan, tanto en el ámbito civil como en el penal. De la misma forma, como el directorio es el órgano que expresa la voluntad social en lo que respecta a las decisiones propias de la administración, campo vedado para la junta general de accionistas, los directores deben asumir la responsabilidad derivada de su actuación al interior del órgano.[1019]

Es innegable el papel que juegan los administradores de las sociedades anónimas y, en general, de las personas jurídicas; por ello, se precisa una regulación adecuada sobre la responsabilidad de los mismos. Esta debe procurar la consecución de un equilibrio que evite que los directores o administradores abusen de su poder o cometan excesos en el ejercicio de sus facultades que puedan llevar a la producción de daños y perjuicios a terceros, a la propia sociedad o a los accionistas como tales. A la vez, no debe propiciar un número exorbitante de demandas de responsabilidad que lleguen a generar incer-

[1019] Elías Laroza, Enrique. *Op. cit.* p. 365.

tidumbre y a poner en riesgo el correcto desarrollo de la actividad comercial o económica de la sociedad anónima.

En pocas palabras, en materia de responsabilidad, es prioritario buscar el equilibrio entre los intereses de la sociedad, que exige que su administración no esté condicionada por el interés individual y egoísta de los accionistas, y la necesaria prudencia de los administradores cuya libertad de iniciativa y facultad de decisión han de tener límites adecuados.

27.10.2. Naturaleza de la responsabilidad de los administradores

Cuando analizamos la responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos de sus administradores o dependientes, observamos cómo en el desarrollo de estos entes se han esbozado diversas teorías que corresponden a periodos y razonamientos distintos que explican su forma de organización jurídica y su naturaleza. Estos modos de entender a las personas jurídicas también han implicado diferentes perspectivas sobre el papel de los administradores y su correspondiente responsabilidad.

Inicialmente, sobre la base de la teoría contractual, los administradores o directores eran vistos como simples mandatarios de los sujetos colectivos; por ello, su responsabilidad se enfocó dentro de las reglas del mandato. Los problemas que generó esta postura no fueron pocos.

En principio, existía cierta confusión al usar los términos de «mandato» y «representación». El primero era entendido dentro de una simple relación interna, mientras el segundo hacía referencia a las relaciones externas de la empresa.

Dejando de lado estas dificultades, la calificación de los directores como mandatarios planteaba serias complicaciones en lo relativo a su responsabilidad. Bajo esta teoría, resultaba problemático justificar la actuación de las sociedades cuando el mandato había caducado, o si

subsistía el poder conferido por el mandatario, una vez finalizada su función.

A ello hay que agregar que:

> [...] si la responsabilidad del administrador provenía de infracciones de la ley del mandato *(ex contractu)*, mal podía argumentarla el tercero perjudicado, y en el supuesto de superar tal escollo, se interrogaba si también debía responder la sociedad como mandante, con graves problemas de legitimación pasiva. Además la tesis del mandato no era satisfactoria, puesto que no existía contrato alguno entre la sociedad y el administrador, sino todo lo más, un nombramiento de la asamblea y una aceptación, lo cual no podía configurarse como encuentro de voluntades al modo de la aceptación en el contrato; en realidad el nombramiento era un acto unilateral de proposición, como nombrar tutor o un heredero, que no podía equipararse a una oferta de contrato.[1020]

De esta manera, la teoría del mandato contrastaba con la realidad de los hechos, por lo que fue desprestigiada por los cuestionamientos que emanaban de la esencia de su concepción. Esto hizo necesaria la aparición de una posición distinta y de una regulación jurídica más específica.

Así, la concepción clásica que definía al administrador como un simple mandatario ha sido desplazada por la tesis del órgano. Tanto la doctrina moderna, como el Derecho comparado, califican la responsabilidad de los administradores como una responsabilidad derivada de su actuación al interior de un órgano social cuya competencia se circunscribe a la administración de la persona jurídica.

El directorio, como órgano de la sociedad anónima, expresa la voluntad social en sus decisiones de gestión. De aquí que, como ya he-

[1020] Garreta Such, José María. *Op. cit.*, p. 41.

mos tenido ocasión de estudiar, la persona jurídica es responsable de los actos que realizan sus administradores, aunque estos mismos actos puedan ser cuestionados desde el punto de vista de la relación interna entre administrador y sociedad.

El directorio, entonces, es el órgano colegiado elegido por la junta general de accionistas. Ni el estatuto ni la junta general de accionistas podrían delegar válidamente esta elección en otro órgano social.[1021]

Nuestra actual Ley General de Sociedades ha eliminado el consejo de vigilancia que establecía la ley anterior.[1022] Para garantizar el control efectivo de fiscalización de las minorías, la nueva ley consagra dos instituciones: El voto acumulativo para la elección del directorio (artículo 164) y la auditoria anual externa (artículo 226).

Cabe citar, asimismo, entre otras importantes reformas que tienen injerencia en el tema que estamos desarrollando, los siguientes comentarios realizados en la Exposición de Motivos del Proyecto de la actual Ley General de Sociedades:

> Para zanjar una vieja polémica que existía en el Perú, el proyecto precisa que los directores deben ser personas naturales. Consideramos que el directorio es órgano de consejo en la administración. En el derecho comparado encontramos que en España se le llama «consejo de administración». Es una especie de asamblea, de grupo de gente que aconseja, orienta a la gerencia no en el día a día, sino en los lineamientos, en las grandes orientaciones de la marcha societaria y esto lo hacen más eficientemente y con más carácter de continuidad las personas naturales, frente a una persona jurídica que puede ir nombrando distintas personas y perder el carácter de continuidad en el manejo y en la información.
>
> Se ha recogido en el proyecto una institución muy novedosa orientada a evitar una ficción en la que se incurría con frecuencia en el Perú. Se incluye los directorios con sesiones no presenciales. Con esta figura se acabó la ficción de hacer un acta y circularla y que la gente la firme sin haberse reunido. Ahora se va a poder decir, no hubo sesión pero hay un acuerdo escrito y ese acuerdo opera como si se hubiera reunido el directorio. Pero si algún director se opone a que esto opere, sí tiene que haber sesión.
>
> De otro lado se ha establecido una norma muy importante para remediar otro problema que se ha padecido con frecuencia en muchos directorios. Al efecto se ha consagrado que quien es elegido director no responde a sus electores. Por la elección se convierte en director y ya no tiene más función que la de servir en el consejo de administración en beneficio de los intereses de la sociedad.

Las leyes societarias, normas específicas a las que debemos acudir al analizar este tema —además de las precisiones anteriores—, al regular la responsabilidad de los directores no toman en cuenta la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Si bien ello sí es relevante al analizar la responsabilidad de las personas jurídicas, en el caso de la responsabilidad de los directores, la legislación nacional ha optado por otorgarles un tratamiento especial acorde con las también particulares necesidades que se plantean.

[1021] Flores Polo, Pedro. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. Lima: Cámara de Comercio de Lima, 1998, p. 115.

[1022] La Exposición de Motivos justifica esa medida de esta manera: «Para la fiscalización y la protección de las minorías, se ha recogido una serie de mecanismos. Se ha partido por eliminar el consejo de vigilancia. El consejo de vigilancia es una institución que nunca funcionó. La institución estaba predicada en nuestra ley, para ser elegida por el mismo mecanismo y por la misma gente que elegía el directorio; se daba el absurdo de tener un órgano de control y un órgano de administración, elegidos ambos por la misma gente y en la misma forma, lo que constituía era una situación espejo que no cumplía una real función controladora».

27.10.3. Características de la responsabilidad civil de los directores o administradores

Nuestra Ley General de Sociedades rige lo relativo a la responsabilidad de los directores entre los artículos 177 y 184. Esta regulación específica es, en realidad, una adaptación de la institución de la responsabilidad civil derivada del daño; por ende, para que se pueda configurar la responsabilidad de los administradores se requiere:

- Un acto, ya sea una acción o una omisión productora de un acto ilícito.
- Que ese acto sea antijurídico.
- Que exista culpa del agente.
- Que se haya producido un daño.
- Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño.

Además de lo expuesto debemos tener presente cuáles son las obligaciones de los administradores, a fin de entender cuándo y cómo es posible individualizar la conducta ilícita que, de aparecer causalmente con un daño, puede llegar a generar una situación de responsabilidad. Para tales efectos, tomamos como punto de inicio el artículo 171 de la Ley General de Sociedades, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 171.- Ejercicio del cargo y reserva
>
> Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.
>
> Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones.

El administrador o director debe velar por la custodia del patrimonio social y hacerlo crecer legítimamente dentro del objeto de la sociedad. Es para ello que legalmente tiene la responsabilidad de representar a la sociedad.[1023] En eso se basa su gestión, la misma que debe ser prudente. De la misma forma, está encargado de representar al ente colectivo, encargándose de manifestar la voluntad de aquel.

Ese rol de gestor y representante se encuentra fundado en exigencias de conducta, para las cuales nuestra norma usa los términos «ordenado comerciante» y «representante leal».[1024] Ambos criterios, si bien tienen contenido propio, se fundan en una misma idea: el deber de los administradores es cuidar de los intereses de la sociedad y de darles prioridad incluso frente a los propios intereses personales.

Hacer referencia a la conducta de un «ordenado comerciante» implica que los administradores se conduzcan con la diligencia debida según su cargo y función. Supone un deber de diligencia que exige que los administradores actúen con la profesionalidad y el sentido común que una persona ordinariamente prudente ejercería en su posición ante similares circunstancias. Esta diligencia requerida es específica, en tanto tiene como contexto la actividad empresarial.

La exigencia de orden y diligencia no supone el éxito o el fracaso de la gestión, puesto que jurídicamente ello no es un modelo de conducta sino el resultado de la misma, que no necesariamente sugiere una actuación incorrecta del director, ya que intervienen otros factores.

1023 Ordoqui Castilla, Gustavo. *Op. cit.*, p. 94.

1024 Daniel Vázquez Albet, al hablar de la experiencia estadounidense en materia societaria, se refiere a los deberes fiduciarios de los administradores, los mismos que funcionan como un mecanismo de tutela de los accionistas y cuyo contenido también consiste en el deber de lealtad y de diligencia por parte del administrador.

Sobre el deber de lealtad, como bien señala Ordoqui,[1025] este no es otra cosa que una especificación de una de las modalidades propias del deber de actuar de buena fe. El deber de lealtad prohibe al administrador de una sociedad abusar de su posición para beneficiarse a costa de la compañía, exigiéndole actuar con buena fe y del modo que razonablemente considere más adecuado para la sociedad.

La lealtad, y por consiguiente la buena fe, es también la base del deber de guardar reserva sobre los negocios de la sociedad a fin de no perjudicarla. El administrador se encuentra obligado a guardar secreto de todas las informaciones que pueda poseer o aprehender, debido al ejercicio de su cargo y referente a la empresa cuya gestión desarrolla.

Hasta aquí podemos sostener que el administrador, como auténtico profesional, debe velar por el interés social al que es necesario ponderar a la hora de evaluar la corrección de su proceder. Asimismo, es menester considerar las funciones específicas que se le hubieren asignado, sus facultades, las circunstancias en las que debió actuar, etc. Esto puede ser apreciado con claridad al revisar las siguientes normas de la Ley General de Sociedades:

Artículo 179.- Contratos, créditos, préstamos o garantías

El director sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. La sociedad sólo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros.

Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo

[1025] Ordoqui Castilla, Gustavo. *Op. cit.*, p. 94.

previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de empresas vinculadas.

Los directores son solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción de lo establecido en este artículo».

Artículo 180.- Conflicto de intereses

Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta.

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director.

Pasemos ahora a examinar los rasgos peculiares de la responsabilidad civil de los directores, según nuestra Ley General de Sociedades:

Artículo 177.- Responsabilidad

Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por

los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general.

Artículo 178.- Exención de responsabilidad

No es responsable el director que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial.

27.10.3.1. Responsabilidad por culpa

Al igual que la ley anterior, la actual Ley General de Sociedades establece un sistema que no se encuentra basado en la responsabilidad objetiva de los directores. Todo lo contrario, ella se fundamenta en el sistema subjetivo de responsabilidad. Así, no basta con que se demuestre el nexo causal entre la actuación del administrador y el daño causado, sino que, para que la responsabilidad se origine, es necesario que se configuren diversos supuestos de culpa.[1026]

La culpa de los directores puede ser *in commitendo*, cuando toman un acuerdo contrario a la ley; *in negligendo*, en los casos de negligencia grave; *in vigilando*, al permitir que otros bajo su mando

[1026] ELÍAS LAROZA, Enrique. *Op. cit.*, p. 367.

causen daño a la sociedad o a terceros; o *in eligendo*, en el supuesto de que el daño fuera causado por gerentes o funcionarios nombrados por ellos, aunque aquí se trata de una responsabilidad atenuada.[1027]

La responsabilidad de los administradores, al haberse dejado de lado la tesis del mandato, deriva de una doble fuente extracontractual. Por un lado, de las culpas en la gestión, y por otro, de la inobservancia de las normas legales y estatutarias. Esto, en tanto ahora el director es entendido como integrante del órgano encargado de cumplir la ley, el estatuto y los acuerdos legítimos adoptados por la Junta General.

27.10.3.2. Responsabilidad por daños y perjuicios

El artículo 177 de la Ley General de Sociedades es claro en su redacción al prescribir que los directores responden por los daños y perjuicios que causen. Como hemos indicado, es necesaria la existencia de un nexo causal entre el daño y la actuación de los administradores.

La norma en cuestión no exige la presencia del dolo en la conducta del director. Ello nos permite inferir que es suficiente con que el daño sea producto de un comportamiento del administrador que no se ajuste a la lealtad y diligencia que se exigen a su comportamiento.

27.10.3.3. Responsabilidad personal, solidaria e ilimitada

Como señala Elías Laroza,[1028] el artículo 177 de la Ley General de Sociedades establece que los directores responden. Es decir, no se establece la responsabilidad del directorio sino de los directores. Se trata, por tanto, de una responsabilidad personal y no de una responsabili-

[1027] *Ibidem*, p. 368.
[1028] *Ibidem*, p. 369.

dad colectiva, puesto que solo responden él o los miembros del órgano social que resulten responsables.

Así, la responsabilidad de los administradores solo se refiere a la responsabilidad de los directores culpables. La norma no busca repartir la culpa colectivamente y luego imponer una responsabilidad colectiva y solidaria. Todo lo contrario. Como ya hemos visto, la culpa es siempre subjetiva y personal, por cuanto es necesario haber actuado voluntaria y antijurídicamente causando un daño.

Solo los directores responsables son solidarios, sea porque adoptaron el acuerdo lesivo, o sea porque simplemente lo ejecutaron. En este punto cabe incluso la posibilidad de que los directores sean responsables por la ejecución de un acuerdo lesivo adoptado por la junta general de accionistas.

27.10.3.4. Alcance y exculpación de la responsabilidad

El último párrafo del artículo 177 de la Ley General de Sociedades prescribe que la responsabilidad de los directores alcanza incluso a quienes los suceden en el cargo. Este precepto extiende así la responsabilidad a quienes, a pesar de no haber participado directamente, deben asumir de modo solidario la responsabilidad por no denunciar por escrito ante la junta general de accionistas las irregularidades que hayan podido descubrir al tomar el cargo.

La razón de la norma se encuentra nuevamente en la idea de lealtad que debe estar presente en la conducta de los directores. La gestión de los administradores se funda en la no afectación del interés social, pues deben procurar su defensa, anteponiéndola incluso a su propio interés y al de terceros.

Por su parte, el artículo 178 de la citada ley indica las formas en que cualquier director se exime de responsabilidad. Así, puede exonerarse quien, a pesar de haber participado del acuerdo lesivo o tomado

conocimiento de este, haya manifestado su disconformidad al momento del acuerdo o cuando lo conoció.

Claro que no es suficiente con estar en desacuerdo; la ley exige, además, una conducta activa de oposición, atribuyendo la carga de la prueba al administrador. Es necesario, entonces, que la disconformidad se consigne en el acta, si participó en el acuerdo, o que la comunique a la sociedad por carta notarial, en caso de que la resolución se conociese luego o se hubiese omitido la constancia en el acta.

Siguiendo ese razonamiento, queda claro que incluso el director que no asistió a la reunión en la que se adoptó el acuerdo que se cuestiona, debe justificarse. No basta con que no haya asistido a la junta para liberarse de responsabilidad, pues es tarea de todo director asistir a las reuniones. No hacerlo equivale a un cumplimiento deficiente de su cargo, toda vez que es una demostración de falta de profesionalidad.

Con este precepto legal, nuestro ordenamiento pretende:

> [...] limitar los supuestos de exoneración en forma notable: sólo para aquellos que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.[1029]

En el artículo 177 de la Ley General de Sociedades, además de identificar los rasgos que tipifican la responsabilidad de los directores, se establecen una serie de causales. La lectura e interpretación de las mismas debe hacerse sobre la base de lo que hemos venido desarrollando. De esta forma, cada causal no puede ser analizada sin tener

---

[1029] Garreta Such, José María. *Op. cit.*, p. 86.

en cuenta que la responsabilidad de los directores se asienta en el sistema subjetivo de la culpa.

La norma establece las siguientes causales:

- Acuerdos o actos contrarios a la ley o al estatuto.
- Actos realizados con dolo y abuso de facultades.
- Actos realizados con negligencia grave.
- Incumplimiento de acuerdos de la junta general.

Al ser la materia societaria tan rica y compleja, cada uno de estos motivos de imputación de responsabilidad civil a los administradores debe ser concordado con las normas respectivas de la misma ley, que son las que le dan contenido.[1030]

27.10.4. Pretensión de responsabilidad

Según señala José Garreta,

> Como finalidad claramente práctica y dentro del mismo campo genérico de la responsabilidad de los administradores, se establecen dos tipos de acciones de responsabilidad, fundadas no ya en las especialidades de fondo sobre la naturaleza de tales responsabilidades, sino antes bien, en atención a los resultados que el incumplimiento de aquéllas pudiera haber acarreado, y así se prevé una acción para aquellos supuestos de incumplimiento productores de un daño efectivamente soportado por la sociedad y como posible consecuencia, también, por los socios o los terceros y otra para aquellos que han repercutido directamente en el patrimonio de los terceros sin que, en consecuencia, la persona jurídica sociedad se haya visto afectada directamente por aquella actuación de los administradores.[1031]

[1030] Por ejemplo, la Ley General de Sociedades señala en su artículo 76 la responsabilidad originada en el proceso de revisión de los valores no dinerarios, supuesto que —de no ser cumplido— puede derivar en la pretensión de responsabilidad civil contra los directores por haber contravenido una norma legal.

Así, la Ley General de Sociedades regula en los artículos 181 y 182, respectivamente, la pretensión social de responsabilidad de los administradores y la pretensión individual de la misma. De esta manera se busca salvaguardar el interés de la sociedad, pero, a la vez, los intereses de los accionistas y terceros que podrían verse afectados por la actuación de los directores.

27.10.4.1. Pretensión social de responsabilidad

Artículo 181.- Pretensión social de responsabilidad

> La pretensión social de responsabilidad contra cualquier director se promueve en virtud de acuerdo de la junta general, aun cuando la sociedad esté en liquidación. El acuerdo puede ser adoptado aunque no haya sido materia de la convocatoria.
>
> Los accionistas que representan por lo menos un tercio del capital social pueden ejercer directamente la pretensión social de responsabilidad contra los directores, siempre que se satisfaga los requisitos siguientes:
>
> 1. Que la demanda comprenda las responsabilidades a favor de la sociedad y no el interés particular de los demandantes;
> 2. Que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la junta general sobre no haber lugar a proceder contra los directores.
>
> Cualquier accionista puede entablar directamente pretensión social de responsabilidad contra los directores, si transcurridos tres meses desde que la junta general resolvió la iniciación de la pretensión no se hubiese interpuesto la demanda. Es aplicable a este caso lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de este artículo.

[1031] GARRETA SUCH, José María. *Op. cit.*, p. 95.

Los bienes que se obtengan en virtud de la demanda entablada por los accionistas son percibidos por la sociedad, y los accionistas tienen derecho a que se les reembolse los gastos del proceso.

Los acreedores de la sociedad sólo pueden dirigirse contra los directores cuando su pretensión tienda a reconstituir el patrimonio neto, no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y, además, se trate de acto que amenace gravemente la garantía de los créditos».

La característica esencial de esta figura es que su ejercicio corresponde a la sociedad, teniendo como objetivo lograr el resarcimiento del daño. Si bien se permite, de manera excepcional, el ejercicio de esta acción a los accionistas y a los acreedores de la sociedad, los resultados que estos puedan obtener serán a favor o beneficio de la sociedad.[1032]

De esta forma, la norma establece que los sujetos que tienen legitimidad pasiva son la sociedad, los accionistas y los acreedores. Se trata de una acción única que tiene como titular, primero a la sociedad, y solo en su defecto y en forma subsidiaria, a los accionistas y, finalmente, a los acreedores sociales.

27.10.4.2. Pretensión individual de responsabilidad

Artículo 182.- Pretensión individual de responsabilidad

No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las pretensiones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los directores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. No se considera lesión directa la que se refiere a daños causados a la sociedad, aunque ello entrañe como consecuencia daño al accionista.

[1032] Esto, en cuanto los directores son responsables frente a la sociedad por toda violación de una disposición legal o estatutaria que lesione su interés. Es, pues, la sociedad, a través de su asamblea o su propio directorio, quien puede analizar la responsabilidad de sus administradores, aprobando su gestión, liberándolos de responsabilidad, o por el contrario, exigiéndoles la misma.

Al lado de la pretensión social, nuestro ordenamiento jurídico establece la posibilidad de una acción individual por parte de los accionistas o de los terceros, para exigir la reparación del daño causado directamente en sus intereses. El bien jurídico que se protege con esta norma no es ya el interés o el patrimonio social, sino el interés de cualquier persona, sea o no accionista o acreedor de una sociedad, cuyos intereses han sido lesionados por la actuación de los administradores.

Bajo esta perspectiva, el accionista solo podrá accionar en cuanto haya sido perjudicado en sus derechos particulares ajenos a su posición de socio, con referencia a los cuales debe ser considerado como tercero y no como socio.[1033]

27.10.5. Caducidad de la responsabilidad y responsabilidad penal de los directores

La responsabilidad civil de los directores no enerva la responsabilidad penal que pudiera corresponderles. Con esta norma se busca evitar que quien cometa un delito quede impune. Ello adquiere gran importancia si consideramos que los delitos de orden económico se tornan cada vez más comunes.[1034]

En todo caso, la responsabilidad civil de los directores no tiene duración indeterminada. La acción para ejercerla caduca a los dos años de la adopción del acuerdo lesivo, o de la realización del acto

[1033] Ordoqui Castilla, Gustavo. *Op. cit.*, p. 97.

[1034] Artículo 183 de la Ley General de Sociedades.- «Responsabilidad penal
La demanda en la vía civil contra los directores no enerva la responsabilidad penal que pueda corresponderles».

que originó el daño, esto, por supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad penal.[1035]

La anterior Ley General de Sociedades hablaba de prescripción y no de caducidad; sin embargo, la Comisión Reformadora[1036] creyó conveniente introducir el mencionado cambio por las siguientes consideraciones:

> Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia, no se condice con la prescripción que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva.

27.10.6. A modo de conclusión

Al analizar la responsabilidad de las personas jurídicas, concluimos que, sobre la base de la teoría organicista, aquella respondía frente a terceros por los actos de sus administradores, tanto tratándose de responsabilidad civil contractual como extracontractual. En el caso de que la responsabilidad sea extracontractual, y que, por tanto, tenga como origen la comisión de un ilícito por parte de los directores, habrá que tomar en cuenta si estos actuaron en ejercicio de su función o con ocasión de su cargo, para decidir si la responsabilidad del ente moral es directa o refleja. En todo caso, y en cualquiera de los supuestos, los administradores son también responsables, y siempre por actos propios.

En la hipótesis de que la responsabilidad civil derivada de la actuación de los directores sea contractual con respecto a la sociedad, debemos tomar en cuenta lo siguiente:

> Con relación a terceros el administrador de la sociedad puede ser considerado un tercero, pues aquéllos contratan con la sociedad y no con el administrador, razón por la cual se estaría ante casos de responsabilidad extracontractual. Se da entonces el caso de que con relación a la sociedad, lo actuado por el administrador con el contratante compromete en forma directa la responsabilidad contractual de aquélla. Pero en el plano de lo ilícito, lo actuado entre el administrador y el tercero, como terceros que son, compromete la responsabilidad extracontractual. En estos casos no existiría acumulación de responsabilidades sino concurrencia de acciones contra sujetos diferentes: la sociedad y el administrador por los daños causados a estos terceros.[1037]

Por último, solo nos resta decir que a pesar de que la realidad societaria del Perú no es un reflejo perfecto de la teoría y de la doctrina, pues a diferencia de otros países la mayoría de entes sociales de nuestro mercado se administran con una organización simple, concentrando en el socio mayoritario los poderes del directorio y la gerencia, el tema examinado es de vital importancia. Así también lo ha entendido nuestro ordenamiento legal al otorgar particular atención a las sociedades anónimas, por su nítida función dentro de la economía y el desarrollo.

27.11. Responsabilidad civil derivada de actos discriminatorios

Si bien los cambios y los avances que se han producido en los últimos años, en el ámbito social y político, nos presentan una realidad

---

[1035] Artículo 184 de la Ley General de Sociedades.- «Caducidad de la responsabilidad
La responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal».

[1036] Exposición de Presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades hecha por el Doctor Enrique Normand Sparks, Presidente de la Comisión Redactora, a la Comisión Revisora del Congreso de la República.

[1037] ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Op. cit.*, p. 96.

en la que las formas de afectación al principio de igualdad y al derecho a no ser discriminado han sido superadas —al menos en sus formas más groseras—, ello se traduce fundamentalmente en el marco de las normas jurídicas.

La discriminación, en sus diversas manifestaciones, sigue dificultando el pleno logro de los derechos humanos. Pese a los progresos obtenidos en algunas esferas, las distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias basadas en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, el sexo, las creencias religiosas y culturales, la situación social y económica, todavía continúan creando conflictos y agravándolos, lo que conlleva incontables sufrimientos.

La injusticia que se encuentra implícita en todo acto discriminatorio, así como los peligros que representa, determina que la eliminación de aquellos sea una de las metas a cumplir en cada sociedad que pretende avanzar y ser efectivamente un Estado de Derecho.

Como sabemos, la noción de actos discriminatorios y la discriminación en sí, se encuentran vinculados de manera intrínseca al principio de igualdad. Ello, en tanto, como bien señala García Morillo,[1038] tal principio califica, sin lugar a dudas, como el prototipo de un derecho relacional:

> Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con —o

[1038] Citado por Eguiguren Praeli, Francisco. «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación». *Ius et Veritas*, Lima, n.º 15, 1997, p. 64.

> más bien, en— la regulación, ejecución o aplicación del acceso a cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por sólo poner unos ejemplos.
>
> La igualdad puede ser definida como el valor jurídico fundamental y legitimador de los derechos humanos, cuya realización social efectiva supone la ausencia de discriminación hacia cualquier sujeto de derecho.
>
> La violación de la igualdad implica, necesariamente, la violación de otro derecho fundamental mediante el cual esta se materializa. Los daños que pueden derivar de dicha afectación no son para nada nimios, en tanto significan un atentado a la propia dignidad humana.

Partiendo de esta premisa, y sin olvidar los mecanismos de solución que existen en el ámbito constitucional —léase acción de amparo—, la responsabilidad civil se presenta como una alternativa para hacer frente a los efectos nocivos de los actos discriminatorios. Ello, en la medida que la misma, como hemos observado a lo largo de esta obra, cumple con un claro objetivo resarcitorio.

En las siguientes páginas —y pese a que somos conscientes que tal empresa es bastante compleja— efectuaremos una reflexión crítica respecto de este particular, de modo que logremos alcanzar una perspectiva de la responsabilidad civil que se deriva de la práctica de actos discriminatorios. Si bien no pretendemos realizar un análisis exhaustivo del tema —su extensión no nos lo permite— sí buscamos asentar las pautas y criterios esenciales que deben considerarse a la hora de evaluar el daño provocado por la violación del derecho a la no-discriminación. Con tal fin nos vemos en la necesidad de realizar, asimismo, un análisis de los distintos aspectos y planos de la igualdad.

27.11.1. La igualdad y el derecho a la no-discriminación

27.11.1.1. La igualdad como principio fundamental

Son tres los principios fundamentales por los cuales se rigen los derechos humanos, toda vez que los mismos determinan su protección universal en el sistema social y jurídico. Estos principios son la igualdad, la autodeterminación y la no-discriminación.

La Real Academia Española establece una definición genérica de igualdad: «Conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, cantidad o calidad».[1039]

A través de esta definición podemos observar que para que haya igualdad es necesario que existan, al menos, dos elementos a comparar. Esto se ha aplicado a seres humanos; si bien todos ellos poseen una misma naturaleza en cuanto personas que son, hay diversos factores socioculturales que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo, imponiendo ciertas diferencias.

Aquellas diferencias creadas se pueden percibir desde la antigüedad, cuando la esclavitud y la preponderancia de sociedades estamentales generaron un criterio de distinción que conllevó un trato desigual a algunos grupos por factores de diversa índole.

En tanto este tipo de diferencias creadas no posee una base racional, que justifique el establecimiento de un trato desigual, es que se han ido dando normas que han venido a construir un marco que se presenta como la base del respeto de los derechos humanos en general. Estas normas reconocen que todas las personas somos iguales.

[1039] Real Academia de La Lengua Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 805.

La igualdad es la piedra angular de toda sociedad democrática que aspire a la justicia social y a la realización de los derechos humanos.

Desde la creación de las Naciones Unidas, los Estados han aceptado que todos los miembros de la familia humana tienen derechos iguales e inalienables. De esta manera, en las declaraciones, los pactos y las convenciones que se han elaborado sucesivamente, los Estados parte se han comprometido a garantizar y defender esos derechos.

Uno de los primeros y más importantes logros de la citada Organización, en lo concerniente a los derechos humanos, fue la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en 1948. Sobre la base de la igualdad de dignidad y derechos de todo ser humano, la Declaración proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales «sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».[1040]

Asimismo, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece que entre los objetivos básicos de la Organización de las Naciones Unidas se encuentra el de «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres».

A ello se suma el hecho de que el artículo 1 de la Carta proclama como uno de los Propósitos de las Naciones Unidas, el lograr la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, «sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión».

[1040] *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Artículo 2.

Así, podemos citar un significativo número de tratados internacionales en los que se pretende erradicar toda forma de discriminación y establecer la hegemonía del principio de igualdad:

- Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial.
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid.
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación).
- Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.
- Convenio sobre igualdad de remuneración.
- Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.
- Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.
- Convención sobre los derechos políticos de la mujer.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.
- Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra.

- Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales.
- Convención sobre el derecho internacional de rectificación.
- Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

Lo anterior nos lleva a afirmar que la mayoría de países, principalmente los Estados democráticos, han tomado como uno de sus principios fundantes a la igualdad, de modo que esta sirva de sustento a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Nuestra Constitución Política de 1993 señala, en su artículo 2, inciso 2, que toda persona tiene derecho a la igualdad y que nadie puede ser discriminado por motivo de raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier otra índole.

Según expresiones de Francisco Eguiguren Praeli:[1041]

> Desde el ámbito constitucional se aprecia, en consecuencia, que la igualdad puede ser vista desde dos planos:
>
> [...] de un lado, como un principio rector del ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.

27.11.1.2. La no-discriminación

Ahora bien, ya en lo que a discriminación se refiere, tenemos que —de forma genérica— discriminar supone seleccionar, elegir, separar y distinguir entre cosas, hechos, acciones y derechos. Cuando para separar

---

[1041] Eguiguren Praeli, Francisco. *Op. cit.*, p. 63.

se utilizan pautas basadas, entre otros criterios, en el sexo, la nacionalidad y la religión, creando clases para excluir a ciertos grupos de derechos constitucionales y civiles básicos, es cuando comienza el problema.[1042]

Según expresa César Haro Lázaro:[1043]

> El término discriminación, se utiliza para denotar un trato desigual a personas iguales, bien por el otorgamiento de favores o por la imposición de cargas. Por tanto siempre que aparece el término discriminación en el contexto del derecho internacional existe una presunción implícita de su relación con una norma, o conjunto de normas, que imponen la igualdad de trato. Además la idea de discriminación conlleva generalmente la idea de injusticia.

Los pilares fundamentales de la no-discriminación son los valores de igualdad y dignidad de todos los seres humanos. En particular, la prohibición de toda forma de discriminación, cualquiera que fuese la razón, es la manera de garantizar el ejercicio efectivo de todos los derechos y libertades fundamentales a los hombres.

La no-discriminación, es decir, la igualdad como base para el ejercicio de todos los derechos fundamentales, ha sido incorporada como derecho en los textos nacionales e internacionales, tal y como hemos podido apreciar en el punto anterior.

A estas alturas, resulta evidente que la legislación tiene un rol importante en el mejoramiento de la calidad de vida de las víctimas de la discriminación. No obstante, la sola declaración de igualdad no

[1042] Leonardi de Herbón, Hebe Mabel. «La Constitución nacional y la discriminación». En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 314.

[1043] Haro Lázaro, César. *Derechos humanos. Instrumentos jurídicos y alcances doctrinarios.* Lima: A.F.A., 1998, pp. 28 y 29.

basta para erradicar —de una vez por todas— la discriminación. Por ello, el reto y objetivo de nuestra legislación ya no es simplemente la declaración de derechos, sino la viabilización de los derechos fundamentales logrados, de modo que estos efectivamente se materialicen.

La discriminación se da a partir de causas estructurales, de patrones culturales que permanecen fuertemente arraigados en países como el nuestro. Por lo mismo, además de una adecuada política legislativa que tome en cuenta los distintos aspectos que encierra la igualdad como principio, garantía y derecho esencial, es necesario comprometerse a tomar medidas en las esferas de la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios y promover por igual la comprensión y la tolerancia.

27.11.1.3. Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades

Como bien señala Javier Neves Mujica[1044] en estos temas intervienen tanto el concepto de igualdad como el de la discriminación, cuyos significados han venido evolucionando, modificándose la relación que guardan entre sí. Es posible identificar, entonces, dos etapas:

Una primera está constituida por la fase de la igualdad formal y su correspondiente discriminación directa.

En esta etapa, la igualdad exige una verificación de hecho para comparar individuos y determinar si se encuentran en una situación semejante o no. Según lo comprobado, se otorgará un trato diferente o una misma consecuencia jurídica, de modo que el trato no puede ser igual para los desiguales y desigual para los iguales.[1045]

[1044] Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho Laboral.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 107.

[1045] *Ibidem*, p. 108.

Como indica César Haro:[1046]

> De allí que el concepto igualitario esté referido a las personas de características ya que no idénticas, porque ello es imposible, a las que tienen características semejantes dentro de una normalidad natural. Por eso se ha dicho que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los desiguales [...].
>
> Por eso cuando en términos de Derecho se habla de igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto a aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y posibilidades.

Dentro de la igualdad formal es dable distinguir entre la igualdad ante la ley y la igualdad de trato.

La primera, de carácter público, supone que es el Estado el sujeto obligado a reconocer las diferencias y semejanzas de las distintas situaciones que se presentan. Por ende, el Estado no puede «aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas».[1047] Asimismo, los órganos públicos deben aplicar las leyes de manera semejante a personas que se encuentren en circunstancias similares.

La segunda, en cambio, vincula la autonomía privada en sus diversas manifestaciones, sean estas normativas o no normativas. La igualdad de trato tiene como ámbito, por consiguiente, la actuación del Derecho Privado, al que se encuentran obligados todos los ciudadanos y el Estado mismo en cuanto a su actuación como sujetos privados.

[1046] Haro Lázaro, César. *Op. cit.*, p. 25.
[1047] Eguiguren Praeli, Francisco. *Op. cit.*, p. 64.

Si bien la Constitución de 1993 no se refiere expresamente a la igualdad de trato, sí la reconoce implícitamente, ya que toca el tema de la igualdad de oportunidades, la misma que presupone la anterior.

Desde esta perspectiva, son actos discriminatorios todos aquellos que signifiquen violaciones al derecho de igualdad ante la ley y a la igualdad de trato; esto es, todos los actos que supongan un trato desigual a los iguales e igual a los desiguales.

Vale recalcar que en esta concepción la igualdad es formal puesto que no pretende cambiar la realidad sino solo regular los comportamientos que en ella se producen.

La segunda etapa está constituida por la denominada fase sustancial y su correspondiente discriminación indirecta.

En esta segunda etapa, que se construye sobre la base de la anterior, las nociones de igualdad y de discriminación evolucionan. Ahora sí se busca transformar la realidad.

En lo concerniente a la igualdad, como indica Neves Mujica:[1048]

> [...] se pretende verificar si en los hechos los diversos grupos tienen las mismas oportunidades de disfrutar de los beneficios o si no las tienen. Si se llega a una respuesta negativa, se puede llevar a cabo una política de igualación efectiva a favor de las colectividades disminuidas. Son las llamadas —por la legislación italiana— acciones positivas. No se consideran discriminatorias, aunque transitoriamente conlleven medidas desiguales, ya que su objetivo final concuerda con el de un Estado social de derecho: la igualdad sustancial. El Tribunal Constitucional español denomina a esto derecho desigual igualatorio. Estamos, pues, ante la igualdad de oportunidades [...].

[1048] Neves Mujica, Javier. *Op. cit.*, pp. 112 y 113.

> En este marco surge la discriminación indirecta, concebida como el impacto adverso que algunas medidas aparentemente neutras tienen sobre una colectividad en proporción mayor que sobre las demás. Se trata de decisiones que se aplican por igual a todos, pero que, por la existencia de grupos que en los hechos tienen ventajas sobre otros, ocasionan efectos diferenciados. No interesa si hay o no en el agente intención lesiva. Para no resultar discriminatorias, esas medidas deben estar justificadas [...].

De lo acotado se infiere que la noción de igualdad significa mucho más que tratar a todas las personas de la misma manera. Si otorgamos un trato igual a personas que se encuentren en circunstancias desiguales, lo que haremos será perpetuar, y no erradicar, la injusticia.

La igualdad verdadera solo puede surgir de esfuerzos encaminados a abordar y corregir esas situaciones desequilibradas. Esta visión más amplia de la igualdad ha llegado a ser el principio subyacente y el objetivo último de la lucha por el reconocimiento y la aceptación de los derechos humanos.

27.11.2. Responsabilidad civil y actos discriminatorios

Partiendo de lo expuesto podemos sostener que los actos discriminatorios atentan contra el principio de igualdad y con el derecho de toda persona a no ser discriminado, lo que implica, indefectiblemente, un atentado contra la dignidad de la persona que es víctima de estos.

Asimismo podemos afirmar que los actos de discriminación se concretizan en la violación de distintos derechos reconocidos no solo en el ámbito constitucional, sino también, por ejemplo, a nivel del Derecho Civil o del Derecho del Trabajo, en tanto puede tener como escenario diversos ámbitos de desenvolvimiento. De este modo, los actos discriminatorios pueden darse dentro del ámbito familiar, laboral o en el simple actuar cotidiano.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga mecanismos de defensa para proteger nuestro derecho a no ser discriminados. Uno de ellos es la acción de amparo, que es una garantía constitucional que tiene por objeto reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.[1049]

En el caso de que los actos discriminatorios supongan, además, la configuración de un tipo penal, el sujeto que realice tal acto será sancionado.

La responsabilidad civil, por otro lado, se presenta como una figura jurídica que si bien no cumple con la misma finalidad, esto es, reponer las cosas a su estado anterior o castigar al autor del acto, también resulta aplicable.

Ello, en razón de que, como sabemos, «es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos».[1050] Queda claro que se libera a la víctima y se coloca el peso en otra persona —el agente del daño, o causante o responsable—, siempre y cuando la responsabilidad le sea imputable a esta.

Lo que se busca, entonces, con la responsabilidad civil, no es sancionar al agente, sino reparar a la víctima. Se persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca o no un castigo, aspecto del que se encarga el Derecho Penal.

[1049] Ley de Habeas Corpus y Amparo. Artículo 1.

[1050] De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Op. cit.*, vol. I, p. 47.

Por la naturaleza del tema que nos atañe, resulta obvio que la responsabilidad civil es extracontractual, lo cual, como hemos reiterado a través de cada tema desarrollado en el rubro de las diversas responsabilidades específicas, tiene serias implicancias en lo que respecta a los efectos jurídicos y a las normas aplicables.

Para que se configure la responsabilidad extracontractual será necesario, como sabemos, que concurran sus elementos esenciales, vale decir:

- La antijuricidad de la conducta del agente.
- El daño y el nexo causal con dicha conducta.
- La imputabilidad del agente, que puede deberse a diversos factores de atribución.

27.11.2.1. La antijuricidad de la conducta del agente

No parece complicado sostener que los actos discriminatorios constituyen violaciones directas al principio de igualdad, toda vez que la esencia especial de este principio supone la contravención de otros derechos.

Debido a la amplitud que encierran las violaciones al derecho a no ser discriminado, resulta conveniente tomar como eje de nuestro análisis —o como ejemplo, si se quiere— los actos discriminatorios contra la mujer, es decir, aquellos en los que se adopta como pauta de diferenciación el sexo de las personas, sin una justificación racional que lo amerite.

En palabras de Gaby Oré Aguilar:[1051]

[1051] Oré Aguilar, Gaby. «Legislación, trabajo y empleo de las mujeres en el Perú». *Regulación del trabajo de la mujer en América Latina*, XXX, pp. 323-325.

> «El principio general de igualdad y no discriminación está contenido en el inciso segundo del artículo 2º de la Constitución. La norma incide especialmente en la igualdad por razón de sexo, concordante con el principio de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [...].
>
> A partir de la adopción de la Constitución de 1979, cuyos principios se reflejan en el posterior Código Civil de 1984, desaparecen las restricciones en la capacidad jurídica de las mujeres contempladas en los anteriores Códigos, que limitaban, y en algunos casos impedían, el ejercicio libre de la contratación, la adquisición de la propiedad y los actos de comercio».

Desde esta perspectiva, sostenemos que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato o diferencia ante la ley por motivos de sexo, que intencionada o no intencionadamente, desfavorezca a la mujer; o impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o impida a la mujer ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que son titulares.

En general, es factible afirmar que toda conducta que va en contra del principio de igualdad es antijurídica, puesto que el mismo constituye un principio rector de justicia, en el desarrollo del ordenamiento jurídico del Estado y en la administración de justicia, que garantiza la aplicación de la norma adecuada, para hacer vigente el derecho de la persona, o para imponer una sanción o responsabilidad jurídica. Y todo ello, tanto en el ámbito público como en el privado.[1052]

En términos generales, debemos tomar en consideración si la antijuricidad está referida a una violación de la igualdad formal, o a una

[1052] Haro Lázaro, César. *Op. cit.*, p. 25.

violación de la igualdad material. O, en otras palabras, si se trata de un supuesto de discriminación directa o de discriminación indirecta. De igual modo, habrá que verificar si verdaderamente nos encontramos frente a un caso de discriminación, o si el trato diferenciado obedece a medidas de discriminación inversa y, por ende, de acciones permitidas e incluso deseadas por el Derecho.

27.11.2.1.1. Responsabilidad civil y discriminación directa

En este punto son muchas las situaciones que pueden presentarse; la antijuricidad de aquellas estará determinada por una simple constatación: «que se otorgue un trato desigual a los iguales y un trato igual a los desiguales».

Se trata de violaciones frontales a las normas que emanan del principio de igualdad y al reconocimiento de la dignidad de la persona como base para su respeto.

«En varios países del mundo se priva a la mujer de sus derechos legales básicos, incluido el derecho de voto y el derecho de propiedad. Tales casos de diferenciación jurídicamente consolidada pueden fácilmente conceptuarse como discriminatorios. Al mismo tiempo, no toda diferenciación constituye discriminación».[1053] Además de establecer el criterio de la diferenciación (el sexo), también es necesario considerar su resultado. Si este es la anulación o el menoscabo de la igualdad de derechos en cualquiera de las formas enunciadas, la diferenciación entonces es discriminatoria y, por ende, está prohibida.

27.11.2.1.2. Responsabilidad civil y acciones positivas

Como hemos advertido, las acciones positivas o medidas de discriminación inversa tienen por objetivo superar obstáculos y condiciones

[1053] *Discriminación contra la Mujer: Convención y el Comité.* Folleto Informativo, n.° 22.

concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad ante la ley y su aplicación, toda vez que se busca transformar la realidad y no solo regularla. Para ello se confiere un trato diferenciado y más favorable a grupos o sectores que se encuentran en una situación social de subordinación o marginación, a fin de otorgarles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a derechos formalmente consagrados en el ámbito constitucional o legal.[1054]

Para determinar cuándo nos encontramos frente a una acción positiva y, por ende, frente a medidas justificadas tendientes a otorgar un tratamiento preferencial que, en definitiva, está orientado a conseguir la denominada igualdad material o sustancial, es necesario evaluar el marco en el que los hechos se presenten.

Sobre este particular, Hebe Mabel Leonardi de Herbón[1055] sostiene que la acción positiva, para ser tal y evitar violar el principio de igualdad ante la ley, debe cubrir al menos cuatro recaudos:

- Cada programa tiene que ejercerse por un tiempo limitado a fin de mantener una discusión actualizada sobre su necesidad.

  En esta parte resulta pertinente citar los comentarios que hiciera la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el Folleto Informativo número 22:[1056]

  Las medidas especiales se utilizarían sencillamente para acelerar el logro de la igualdad de facto para la mujer y no deberían

[1054] Eguiguren Praeli, Francisco. *Op. cit.*, p. 69.

[1055] Leonardi De Herbón, Hebe Mabel. *Op. cit.*, p. 315.

[1056] La finalidad de los Folletos Informativos sobre los derechos humanos consiste en que cada vez más personas conozcan los derechos humanos fundamentales, la labor que realizan las Naciones Unidas para promoverlos y protegerlos y los mecanismos internacionales con que se cuenta para ayudar a hacerlos efectivos.

crear normas separadas para la mujer y el hombre. En otras palabras, la idoneidad de toda medida especial debe evaluarse con respecto a la existencia real de prácticas discriminatorias. En consecuencia, una vez que se alcancen los objetivos de igualdad de oportunidades y trato, esas medidas especiales dejarán de ser necesarias y deberán cesar.

No obstante, siempre habrá casos excepcionales en que el trato especial será la única manera de garantizar una igualdad genuina. Por ejemplo, para salvaguardar los intereses individuales y comunitarios de los niños, es preciso prestar atención constantemente a la salud, los ingresos u otras ganancias de las madres. Por consiguiente, las medidas especiales para proteger la maternidad serán siempre necesarias y nunca deberán abandonarse.

De esta forma, las medidas correctivas deben aplicarse mientras la desigualdad persista, mas no con carácter de permanencia, pues de ser así se estarían creando nuevas situaciones de desigualdad y, por consiguiente, generando nuevas víctimas y sujetos pasivos que deben afrontar daños y perjuicios derivados de los actos discriminatorios que ello significaría.

- El objetivo de cada programa o medida debe ser el romper cierta inercia social en lo que hace a creencias, actitudes y prejuicios que afecten a grupos minoritarios y mujeres.

- Su implementación debe realizarse con extremo cuidado, para evitar consecuencias adversas; de otro modo se podría llegar a producir reacciones indeseables que empeoren la situación de aquellos a los que se quiere beneficiar. Además, es preciso recordar que un trato preferencial no equivale a un privilegio.

- A su vez, es necesario tener presente que igualdad y uniformidad no son sinónimos, por lo que se deben respetar y proteger

en los grupos minoritarios sus usos, costumbres, lengua y características peculiares.

Muy similares son los criterios que brinda Eguiguren[1057] y que consisten en cinco condiciones que de concurrir implicaría que nos encontrásemos frente a acciones positivas y no frente a actos que importen una violación del derecho a no ser discriminado:

- Que los ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho.

- Que el trato desigual que se le otorga tenga una finalidad.

- Que dicha finalidad sea razonable, es decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.

- Que el supuesto de hecho, esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga, posean coherencia interna, racionalidad interna.

- Que esa racionalidad sea proporcionada, de modo que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si se trata de una acción positiva no habrá actuar antijurídico y, consecuentemente, no podrá configurarse la responsabilidad civil extracontractual.

27.11.2.1.3. Responsabilidad civil y discriminación indirecta

Como lo indicamos anteriormente, la discriminación indirecta implica que medidas que a simple vista son neutras tienen consecuencias

[1057] Eguiguren Praeli, Francisco. *Op. cit.*, p. 72.

nocivas, de modo que constituyen actos discriminatorios que suponen un perjuicio para un sector identificable de la sociedad.

De esta forma, una decisión que aparenta ser conforme a Derecho y no representar ningún tipo de trato preferencial constituye, en definitiva, una conducta antijurídica, no por la medida en sí misma, sino por los resultados que esta conlleva.

Según refiere Neves Mujica:[1058]

> Este sería el caso de un empleador que convocara trabajadores para ocupar un puesto de operario de limpieza, con el requisito de tener una estatura mínima de 1.70 metros. La exigencia tendría que ser satisfecha por igual por cualquier postulante, pero en los hechos los aspirantes varones tendrán mayores probabilidades de cumplimiento del requisito que las mujeres. No parece ser indispensable para la empresa que los operarios de limpieza cuenten con dicha estatura. Estamos, por tanto, ante una discriminación indirecta.

Los criterios que deben conducir el análisis de la antijuricidad de la conducta se orientan, en consecuencia, a tres puntos clave, que deben concurrir:

- La medida debe resultar objetiva a simple vista, es decir, no puede ser una afectación directa, pues de serlo nos encontraríamos en un supuesto distinto. La medida no supone, entonces, un trato preferencial, ya que se aplica por igual a todos los sujetos.
- La medida tomada debe tener un impacto adverso sobre un grupo o sector de la colectividad más que en otro. No basta con que la decisión afecte a un individuo de manera aislada, sino que lo afecte en tanto pertenece a un colectivo, como ocurre en el caso del ejemplo.
- La medida no debe estar justificada por la necesidad de la empresa o el sujeto que la practique. Si lo está, pero existen a su vez otras medidas alternativas cuyas consecuencias son menos desfavorables, la medida sigue siendo discriminatoria.

[1058] Neves Mujica, Javier. *Op. cit.*, p. 113.

27.11.2.2. El daño

El daño, consecuencia del actuar antijurídico del agente, debe ser cierto y probado. Según lo primero, el daño debe ser efectivo, esto es, si se quiere aspirar a una reparación no puede ser eventual o hipotético. El simple peligro o la simple posibilidad de sufrir un perjuicio no da lugar a indemnización.

El daño puede ser futuro o presente. Como indica De Trazegnies:[1059]

> No cabe duda que el daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia. Pero el juez puede tomarlo en cuenta si existe la posibilidad efectiva de que se produzca. En términos aristotélicos, podríamos decir que el daño futuro es un daño ya existente en potencia, que se convertirá en acto con el transcurso del tiempo.

De manera genérica, todo acto discriminatorio se traduce en un daño, por cuanto encierra la violación del principio y el derecho a la igualdad y con ello, el menoscabo de su dignidad. A lo que hay que agregar que en un análisis casuístico es factible detectar daños de diversa índole. No olvidemos que la igualdad es un derecho relacional que no se viola en abstracto, sino con relación a otros derechos; por

[1059] De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad civil extracontractual.* Vol. II. *Op. cit.*, p. 19.

consiguiente hacer una lista cerrada que intente incluir todas las posibilidades es una labor tan ardua como absurda e imposible.

Basta, entonces, con decir que el daño debe cumplir con los requisitos propios del mismo, a lo que habría que agregar que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo de la situación concreta.

27.11.2.3. La imputabilidad

La conducta antijurídica que ha desencadenado el daño moral o el daño patrimonial, según corresponda, ha de ser imputable a su autor.

El factor de atribución de responsabilidad no será, en cada supuesto, el mismo. La intención o falta de la misma tendrá relevancia sobre la base del caso concreto que se evalúe. Como hemos sostenido a través de este estudio, la igualdad posee una doble dimensión y puede ser formal o sustancial; por lo que se deberán tomar pautas diferentes al calificar el hecho y verificar el factor de atribución, que no necesariamente será el mismo en todos los supuestos.

Así, tenemos que en los casos referidos, por ejemplo, en los que se trata de actos de discriminación indirecta, no es necesario probar la intención del agente; basta con probar la antijuricidad del acto, el daño en que ha derivado y la relación de causalidad entre este y el comportamiento del causante.

Lo podemos fundamentar en la posición actual del ordenamiento jurídico peruano, la misma que no se conforma con la igualdad formal, sino que pretende la transformación de la realidad, por lo que otorga mayor protección a los grupos que dentro de la colectividad se ven afectados por un trato desigual que no se fundamenta en una causa racional y objetiva. Nos encontraríamos, por consiguiente, dentro de una manifestación atenuada de la teoría objetiva.

En lo que concierne a los actos de discriminación directa, parece adecuado optar por la teoría subjetiva, aceptando como factor de atribución no solo el dolo o la culpa grave, sino también, por lo intrincado de la problemática y de los principios en juego, la culpa leve.

27.11.3. A modo de conclusión

Tras lo expuesto, resulta evidente que la responsabilidad civil derivada de actos discriminatorios es un tema bastante extenso, el mismo que abarca una infinidad de supuestos que no pueden evaluarse bajo una misma óptica.

La igualdad es un principio y un derecho que envuelve situaciones diversas, en tanto su violación supone, asimismo, la contravención de algún otro derecho. Además, también tiene una concepción muy amplia, lo que se manifiesta en su doble dimensión, y en su doble contenido (formal y sustancial).

No solo consiste en tratar igual a los iguales y diferente a los desiguales, sino que se deben tomar medidas para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado. No es suficiente esforzarse por lograr la igualdad en el plano «vertical», ante las autoridades públicas. No basta solamente con insertar cláusulas no discriminatorias en la legislación. También se debe asegurar la no discriminación en el plano «horizontal», incluso dentro de la familia.

Ahora bien, allí donde se han producido daños como consecuencia de un actuar discriminatorio, la figura de la responsabilidad civil debe hacerse presente. Tal figura también posee una gran extensión, logrando desenvolverse en todos los ámbitos, de modo que juega un rol más que importante al momento de reparar, de resarcir, al menos económicamente, a la víctima.

No es posible establecer un único criterio para la valoración del hecho y de la procedencia de la indemnización; será necesario un

análisis de cada caso concreto, tomando como pautas las esbozadas en este texto.

El juez que realice la evaluación va a tener —de la misma manera— que ponderar cada supuesto de hecho. No olvidemos que muchas veces se presentan situaciones límites en las que la resolución del problema dependerá de los derechos y valores que se opte por privilegiar.

27.12. Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: SIDA y responsabilidad

La responsabilidad civil —como se puede apreciar a lo largo de este Tratado— es una figura jurídica capaz de desenvolverse en todos los ámbitos que forman parte de la vida del hombre y de la sociedad. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias y las características especiales que den forma y contenido al conflicto de intereses que se intente solucionar, adoptará ciertos rasgos que hacen de la idea de un régimen unificado de responsabilidad civil, una utopía.

Uno de estos campos es el de la transmisión de enfermedades, el cual cada día, a la par de los avances científicos y las cada vez más complejas situaciones que se presentan, imponen un tratamiento que sobre la base de los principios generales de la responsabilidad civil debe considerar dichas peculiaridades.

Dentro del amplio espectro que engloba la responsabilidad civil por transmisión de enfermedades, destacan dos aspectos: el referido a los daños genéticamente transmitidos y el relativo al contagio de enfermedades. El primero, a su vez, puede versar sobre dos supuestos distintos, sea que la transmisión se deba a deficiencias en la manipulación científica del material empleado en la fecundación asistida, en todas sus perspectivas, o que la misma sea obra del accionar natural de padres portadores o transmisores de esos males. El segundo aspecto responde, generalmente, a la transmisión de enfermedades virósicas, entre las que sobresale el SIDA.[1060]

Dicha enfermedad ha causado, desde su aparición en las últimas dos décadas —además del sufrimiento de quienes la padecen y de sus familiares—, una gran conmoción y preocupación social que hace imprescindible que el ordenamiento jurídico intervenga para resguardar los derechos fundamentales del hombre. Muchas son las investigaciones que al respecto se han escrito, así como son varias las normas dictadas por los diferentes Estados y organismos internacionales que contemplan el tema de la prevención y atención del virus del VIH; no obstante, no sucede lo mismo en lo que respecta a su transmisión, materia que la legislación no ha abordado de manera específica a pesar de las características especiales del flagelo.

De esta forma, si bien la participación del ordenamiento jurídico se circunscribe a haber dictado una legislación destinada a la prevención y a la indemnización de los daños producidos por la transmisión del virus, los rasgos específicos que este presenta, hacen necesario definir las normas aplicables para lograr una justa reparación del daño sufrido. La óptica de la evaluación, calificación y valoración con la que se deben examinar los diversos supuestos, implica contemplar los principios fundamentales de la bioética, tales como los de la justicia distributiva, beneficencia, autonomía; es decir, la no-discriminación, no-maleficencia y la no-futilidad.[1061]

Ahora bien, pese a que en estas páginas nos interesa abordar la responsabilidad civil que se deriva de la transmisión de la citada en-

---

[1060] Saux, Edgardo Ignacio. «Responsabilidad por transmisión de enfermedades». En *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 629.

[1061] Minyersky, Nelly y Susana Lambois. «Responsabilidad y SIDA». *En Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, p. 690

fermedad, debemos acotar que los eventuales supuestos de responsabilidad civil con relación al SIDA no se restringen a ello. Por el contrario, existen otros factores, también relacionados con el VIH, que pueden dar origen a la imputación de responsabilidad.[1062] En ambos casos las esferas jurídicas que se pueden ver involucradas no son pocas, en tanto los sujetos que participan del conflicto se relacionan de manera distinta.

Debido a esa complejidad es necesario, antes de iniciar el desarrollo del tema en estricto, tocar algunos puntos que, en nuestra opinión, permitirán comprender mejor el contexto que sirve de marco para la elaboración de un análisis adecuado.

27.12.1. Algunas nociones importantes

27.12.1.1. El SIDA

Desde su aparición, en 1981, y a pesar de los esfuerzos que en el orden internacional se realizan para limitar su intrusión en la sociedad mundial, el SIDA se ha constituido en la más temible enfermedad de riesgo mortal. Las cifras en el ámbito estadístico son alarmantes. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que cada día diez mil nuevas personas se infectan por el virus del VIH, lo que supone, aproximadamente, un nuevo infectado cada 8,5 segundos.

Esta terrible y dolorosa realidad a la que hoy nos enfrentamos, ha producido un fenómeno peculiar en el ámbito jurídico debido a las características especiales de esta enfermedad, cuya problemática —en

[1062] Así, por ejemplo, además de los supuestos de transmisión de la enfermedad, la responsabilidad puede surgir por el temor a padecerla en virtud de un error en el diagnóstico, o por la difusión del estado de portador del virus en el medio social en el que actúa la víctima, entre otros casos que pueden presentarse en la realidad.

lo concerniente a la responsabilidad civil— posee una amplitud considerable.

Restringiendo nuestro análisis al campo de la responsabilidad por transmisión, debemos señalar que, a medida que la epidemia del VIH y el SIDA se ha prolongado en el tiempo, se ha reconocido que las desigualdades sociales y las relaciones de poder son factores importantes en la propagación del virus y de la enfermedad en sí. Efectivamente, las organizaciones internacionales, las autoridades nacionales y las organizaciones no gubernamentales reconocen que la pobreza, la migración y la urbanización, desempeñan un papel fundamental en cuanto a la infección por el VIH.

Al respecto, cabe mencionar las observaciones hechas por Desmond Cohen[1063] en el Documento de Trabajo N.º 29 de la ONUSIDA:

> La pobreza y la transmisión del VIH guardan una relación obvia, pero ésta en ningún sentido es una relación simplista. Los pobres de todo el mundo representan probablemente la mayoría de los que están infectados o se ven afectados por el VIH, pero hay muchos que no son pobres y que están infectados o se ven afectados también. De manera que no puede ser simplemente la pobreza lo que determine comportamientos que llevan a la infección por VIH, ya que quienes no son pobres (los de buena posición y los ricos, los cultos y los que gozan de buena salud) también suelen ser infectados por el virus en todos los países, incluida la región de Asia y el Pacífico [...].
>
> Los pobres no lo son solamente en cuanto a los ingresos y los bienes, lo son también porque carecen de las características de instrucción y buena salud que son tan importantes para una economía y una sociedad que se modernizan [...].

[1063] Cohen, Desmond. *La epidemia del VIH y el desarrollo humano sostenible*. Documento de Trabajo, n.º 29, Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA.

Las conductas que exponen a los pobres al VIH también limitan sus posibilidades de hacer frente a la infección: su falta de bienes/ahorros, la vulnerabilidad e incertidumbre de sus fuentes de ingreso, su falta de acceso a la información sobre los procesos de la infección, incluso su conocimiento de las enfermedades oportunistas, y su falta general de acceso a los servicios de salud y a otros servicios de apoyo. En la mayoría de los lugares se niega a los pobres el acceso incluso a los medicamentos menos costosos y a suministros materiales baratos para el cuidado de los enfermos, lo que tiene importantes consecuencias para las tasas de progresión del VIH. Los infectados por VIH mueren innecesariamente debido a infecciones oportunistas que pueden tratarse con medicamentos relativamente baratos, y por consiguiente pierden años de posible vida productiva durante los cuales pudieron haber sido su sostén propio y el de sus familias. De nuevo queda demostrado que para los pobres, al igual que para los ricos, pero con consecuencias más desastrosas para los pobres, la experiencia de la infección por VIH recrudece la pobreza personal y familiar que suele verse acompañada de formas de discriminación y aislamiento sociales y económicos.

Lo anterior es de lo más significativo, pues nos permite percibir que, en realidad, la actividad sexual y el uso de drogas no constituyen en sí mismos, los factores de mayor riesgo en lo concerniente a la problemática de la infección del VIH. La dependencia socioeconómica, en la medida en que se traduce en desinformación y en la carencia de recursos para una prevención apropiada que permita protegerse del virus es, en cambio, determinante. De esta manera, podemos afirmar que las personas que siguen siendo más vulnerables son aquellas a las que se les niegan los medios para protegerse ellas mismas de los riesgos del VIH, debido a necesidades económicas o de poder para controlar las bases sobre las que tienen lugar sus relaciones sexuales.

En lo que atañe estrictamente a la responsabilidad civil derivada de los casos de contagio, debemos expresar que este factor posee enorme importancia, puesto que es un criterio que no se debe dejar de considerar al momento de evaluar los hechos. Muchas veces, como veremos más adelante, puede ser determinante a la hora de decidir si se configuran o no todos los elementos esenciales que dan origen a la imputación de responsabilidad.

Asimismo, creemos adecuado recalcar que la ley cumple también, como enseña Hamblin, un rol protagónico:

> Mucho se ha escrito acerca de los derechos y obligaciones legales en la epidemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y de la importancia de una respuesta legal apropiada. Debido a que muchas de las respuestas políticas al VIH han sido modeladas por el debate —ya muy conocido y a menudo mal concebido— entre salud pública versus derechos individuales, la delimitación de los derechos y obligaciones legales ha sido un componente necesario en el debate político. Más aún, los continuos reportes de graves e injustificadas violaciones de las libertades cívicas de personas con VIH, han establecido, más allá de cualquier duda, que las leyes juegan un papel central en las políticas sobre VIH/SIDA.[1064]

Colocada dentro de este contexto, la tarea es enorme y se extiende más allá de lo que comúnmente se percibe como el campo de acción de las políticas del VIH/SIDA. Es necesario reconocer que la atención legal no solo debe circunscribirse a los programas educativos del VIH y a la investigación de nuevos métodos preventivos, sino también debe abarcar factores subyacentes como los económicos, sociales y cultura-

[1064] Hamblin, Julie. *El papel de la ley en las políticas relativas al VIH/SIDA*. Documento de Trabajo, n.° 11, Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA.

les, toda vez que en el ámbito de la responsabilidad civil hace falta algunas precisiones más allá de la aplicación de normas generales.

Las vías por las que se transmite el VIH son también variadas y cada una de ellas merece una evaluación propia de la responsabilidad. Los elementos que configuran la misma difieren, a su vez, en función del supuesto que se analice. Así, por ejemplo, el factor de atribución con el que se debe valorar la conducta del agente no será el mismo en todos los casos.

Partiendo de esta idea, hemos decidido desarrollar nuestro análisis desde el punto de vista de las vías de transmisión. Para ello, hemos distinguido las siguientes situaciones:[1065]

- Transmisión sexual.
- Transmisión por transfusión sanguínea.
- Transmisión por trasplantes de órganos.
- Transmisión perinatal de madre a hijo durante el embarazo, el parto o la leche materna.

No obstante, somos conscientes de que el daño sufrido por la víctima representa una zona de convergencia entre las situaciones citadas, por lo que consideramos necesario reflexionar sobre este tema.

[1065] Las situaciones no se agotan en las esbozadas; sin embargo, son estas las que se presentan como causas principales de la transmisión, toda vez que debe quedar claro que los simples actos cotidianos no suponen un riesgo de contagio. No hay por qué temer un apretón de manos, los besos en las mejillas ni las caricias, el uso de cubiertos y vasos, servicios públicos y piscinas. De todos modos es aconsejable respetar las medidas elementales de higiene, como el lavado de manos.

27.12.1.2. El daño derivado de la transmisión del SIDA[1066]

Como acertadamente señala Edgardo Ignacio Saux,[1067] son dos los aspectos que confluyen en la configuración relevante de la responsabilidad por la transmisión del SIDA. Por un lado, la certidumbre de que el derecho a la salud —históricamente visto como vulnerable a partir de agresiones físicas lesivas— adquiere una nueva dimensión en su faz preventiva, relacionada con el derecho a la calidad y dignidad de vida, e implica, de esta manera, uno de los nuevos y definitorios derechos humanos. Por otro, aunque intrínsecamente relacionado, la certidumbre de que en las nuevas fronteras de la reparabilidad del daño el *non alterum laedere* es pauta básica de una antijuricidad más material que formal, de la que se infiere que la perspectiva resarcitoria es cierta en los daños a la salud por enfermedades transmitidas que por su entidad lo justifiquen.

Deteniéndonos en lo referente al derecho a la salud, debemos señalar que su reconocimiento como derecho humano básico se encuentra plasmado en diversos documentos de la legislación internacional, entre los que podemos citar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, tanto a él como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

[1066] No abordaremos el tema del daño, detalladamente, pues ya nos hemos dedicado a él de manera general, por lo que nos limitaremos a señalar unas cuantas observaciones relacionadas con la transmisión de enfermedades y las peculiaridades que presenta. En todo caso, nos remitimos a las consideraciones generales que sobre la indemnización y el daño —respecto a la responsabilidad civil— hemos desarrollado en este Tratado.

[1067] Saux, Edgardo Ignacio. *Op. cit.*, p. 630.

De manera similar, el artículo X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala 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.

Destaca también el pronunciamiento de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que afirma que el goce del más alto grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, o condición económica o social.

Es posible afirmar, entonces, que existe consenso legal en admitir que la atención de la salud constituye una condición básica e imprescindible para alcanzar la capacidad madura global que permita a los individuos hacer uso de sus derechos y defender sus demandas.

A pesar de ello, hay autores que se resisten a admitir el *status* de derecho fundamental que posee la salud. Las razones sobre las que se construye tal posición resultan, a nuestro entender, débiles e insuficientes, pues tienen como única base el alto costo que hoy demanda la conservación de esta. Si bien es verdad que el presupuesto sanitario de todo país es elevado —en proporción a su riqueza—, ello no puede conducirnos al absurdo de negar la naturaleza fundamental de este derecho que, por su dimensión, se constituye en un pilar esencial de la dignidad humana, permitiéndonos definir al hombre como un fin en sí mismo y no como un simple medio o instrumento.

Como afirma Vidiella:[1068]

> En la literatura bioética no hay acuerdo respecto al *status* que le corresponde al derecho a la salud. Los autores liberales más duros lo consideran un derecho negativo, derivado de la integridad física. Según esto, la obligación del Estado debería limitarse a proteger a los ciudadanos de las acciones de los otros que pudieran dañar su salud. Sin embargo, es obvio que el derecho a la salud involucra mucho más que esta idea restrictiva; en verdad, resulta mejor expresado con el término atención de la salud, ya que así se pone de manifiesto su connotación positiva que involucra un reclamo hacia terceros.

[1068] Vidiella, Graciela. *El Derecho a la Salud.* Buenos Aires: EUDEBA, 2000, p. 24.

Lo cierto es que no se puede ni se debe negar que la salud es un bien social primario, puesto que posee una incidencia más que relevante en la consecución exitosa de los planes de vida. Ya Aristóteles,[1069] en el siglo IV antes de Cristo, había resaltado su importancia, al sostener que si los hombres tienen derechos que les son propios como seres humanos, uno de ellos es el derecho absoluto de gozar de buena salud, en la medida que la sociedad pueda proporcionársela.

De este modo, la salud se presenta como un derecho natural, tanto individual como social, cuyo ejercicio depende de las condiciones en las que se encuentre la sociedad.

Desde esta perspectiva, esto es, concibiéndolo como un derecho no solo de alcance individual sino también social, el derecho a la salud se percibe como un conjunto de medidas que el Estado debe adoptar a efectos de prevenir las enfermedades y el tratamiento de las mismas, una vez que se hubiesen declarado.

En consecuencia, el derecho a la salud impone al Estado la obligación de abstenerse de realizar todo acto que pueda poner en peligro la salud de un individuo o de la colectividad, y, a la vez, le exige una acción positiva.

[1069] Álvarez Vita, Juan. *El derecho a la salud como derecho humano.* Lima: Cultural Cuzco, 1994, p. 35.

Esta preocupación se ve plasmada en casi todas las Constituciones. La nuestra se ocupa del tema en su artículo 7, que prescribe lo siguiente:

> Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

A esto hay que agregar lo expresado por la Ley General de Salud,[1070] cuyo Título Preliminar permite observar la importancia que

[1070] La Ley N.° 26842 o Ley General de Salud dispone en su Título Preliminar importantes consideraciones:

I. La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.
El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

IV. La salud pública es responsabilidad primaria del Estado.
La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.

V. Es responsabilidad del Estado vigilar, cautelar y atender los problemas de desnutrición y de salud mental de la población, los de salud ambiental, así como los problemas de salud del discapacitado, del niño, del adolescente, de la madre y del anciano en situación de abandono social.

VI. Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea.
Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad.
Es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública.
El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad.

VII. El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.

VIII. El financiamiento del Estado se orienta preferentemente a las acciones de salud pública y a subsidiar total o parcialmente la atención médica a las poblaciones de menores recursos, que no gocen de la cobertura de otro régimen de prestaciones de salud, público o privado.

IX. La norma de salud es de orden público y regula materia sanitaria, así como la protección del ambiente para la salud y la asistencia médica para la recuperación y rehabilitación de la salud de las personas.
Nadie puede pactar en contra de ella.

X. Toda persona dentro del territorio nacional está sujeta al cumplimiento de la norma de salud.

XI. Ningún extranjero puede invocar su ley territorial en materia de salud.

XII. En caso de defecto o deficiencia de la norma de salud se aplican los principios generales del derecho.

XIII. El ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública.
Las razones de conciencia o de creencia no pueden ser invocadas para eximirse de las disposiciones de la Autoridad de Salud cuando de tal exención se deriven riesgos para la salud de terceros.

XIV. El uso o usufructo de los bienes en condiciones higiénicas y sanitarias no aparentes para el fin al que están destinadas constituye un abuso del derecho, cualquiera que sea el régimen a que están sujetas.

XV. La información en salud es de interés público.
Toda persona está obligada a proporcionar a la Autoridad de Salud la información que le sea exigible de acuerdo a ley.
La que el Estado tiene en su poder es de dominio público, con las excepciones que establece la ley.

XVI. El Estado promueve la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud, así como la formación, capacitación y entrenamiento de recursos humanos para el cuidado de la salud.

XVII. El Estado promueve la educación en salud en todos los niveles y modalidades.

XVIII. La promoción de la medicina tradicional es de interés y atención preferente del Estado.

XIX. El Estado promueve la participación de la comunidad en la gestión de los servicios públicos de salud.

posee la salud, toda vez que resalta el rol que el Estado[1071] asume respecto a su protección, regulación y promoción.

Es evidente que la transmisión de una enfermedad como el SIDA implica un daño directo al derecho a la salud. No obstante, en términos concretos, la reparación exigible del daño —de haberse configurado la responsabilidad civil por la transmisión o contagio del virus o de la enfermedad— abarca, en principio, las categorías clásicas, así como algunas más particulares.

Acudiendo, entonces, a las categorías tradicionales es factible que la enfermedad provoque tres tipos de daños:

- Daños patrimoniales, que implican el padecimiento de consecuencias económicas adversas y se dividen básicamente en dos grandes categorías: el daño emergente y el lucro cesante.
- Daños personales o corporales.
- Daños morales, como podrían ser, en determinados supuestos en que así quede demostrado, las perturbaciones psicológicas que puedan derivarse.

Al respecto, la jurisprudencia francesa ha dado muestras de imaginación, reparando, además, el perjuicio derivado de la privación del goce de vivir, el perjuicio estético y el perjuicio sexual. Todos son autónomos entre sí, por lo que —en la demanda y de ser el caso— podrían acumularse.

[1071] Como consecuencia del rol que desempeña el Estado, este puede ser responsable —en su calidad de ente público— en relación directa a su específico deber legal de establecer y controlar las normas de bioseguridad, tanto en el material orgánico para transfusiones sanguíneas o transplantes de órganos, como en el uso del material calificado o no como descartable.

Asimismo, la Corte de Casación Francesa ha agregado a esta lista situaciones concretas originadas por el SIDA, para lo que distingue las dos fases que se presentan con motivo del contagio:[1072]

(a) Durante la fase de seropositividad: La persona contaminada con el virus, no puede obtener, como una suerte de adelanto, reparación de los perjuicios que causará el SIDA declarado. En su pronunciamiento, la Corte de Casación ha considerado que los progresos actuales de la ciencia impiden considerar ese perjuicio como cierto, lo que no obsta a que la víctima pueda pretender reparación por los trastornos experimentados en las condiciones de su existencia causados por la seropositividad.

La evaluación que se haga del caso concreto no puede, a nuestro entender, obviar las condiciones personales y patrimoniales en las que se encuentra la víctima. Los adelantos y progresos de la ciencia deben tomarse en cuenta, en la medida en que el sujeto que ha sido perjudicado por el contagio tenga la posibilidad de acceder a ellos.

(b) Cuando el SIDA se ha declarado: La Corte de Casación se refiere a un perjuicio específico de contaminación que no incluye una lesión a la integridad física. Este perjuicio específico de contaminación comprende, conforme a lo sentenciado por la Corte de Casación, el conjunto de perjuicios de carácter personal sufridos por la víctima, tanto físicos como psíquicos, que resultan, especialmente, de la reducción de la esperanza de vida, de las perturbaciones de la vida social, familiar y personal, así como de los sufrimientos y de su temor, del perjuicio

[1072] Chabas, François. «SIDA y Derecho de la Responsabilidad». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio Aníbal Alterini. Op. cit.*, pp. 117 y 118.

estético y del goce de los disfrutes de la vida, y de todas las afecciones resultantes de la declaración de la enfermedad.

No obstante, la citada Corte no niega la posibilidad de que, en caso se llegase a producir una lesión a la integridad, aquella pueda acumularse.

Además, debemos recordar que por la naturaleza especial de esta enfermedad, no siempre se puede detectar de manera inmediata. Incluso existe la posibilidad de que el test correspondiente no arroje un resultado exacto, debido al periodo de incubación del virus.[1073] Asimismo, otro criterio a tener en cuenta es que se trata de un proceso, en el cual el virus o la enfermedad se van manifestando, a veces de modo sutil, lo que conlleva que el portador pueda tardar mucho en descubrir su condición.[1074] El SIDA es, pues, una infección viral cró-

[1073] El diagnóstico se hace con un simple análisis de sangre (ELISA). En caso de que el resultado sea negativo y ante la sospecha de la existencia de una práctica de riesgo se repetirá de nuevo a los tres meses. Si la prueba es positiva, se confirma el resultado mediante otra prueba analítica (Western Blot).

[1074] En el proceso se pueden distinguir tres etapas en las que las manifestaciones físicas se intensifican:

(a)Infección aguda: puede aparecer exantema, fiebre, malestar, que lleva a pensar que es un cuadro gripal o mononucleosis infecciosa. Esta situación suele durar una semana. El periodo ventana es aquel que va desde la infección hasta la seroconversión en el que se pueden detectar antígenos, lo que permite diagnosticar la infección, pero no se detectan anticuerpos. El proceso de seroconversión es el que se entiende desde la infección hasta que aparecen los anticuerpos en la sangre, y dura tres meses.

(b)Linfadenopatía generalizada persistente (LGP): aparecen ganglios de al menos un centímetro de diámetro en dos o más localizaciones que persisten un mínimo de tres meses. Después de este periodo comienza la pérdida paulatina de las células T4.

(c)CRS o ARC: Complejo relacionado con el SIDA: infecciones víricas, como el herpes simple con llagas en boca, ano [...]. Muguet, infección por cándidas en la boca, lengua, las células T4 siguen descendiendo.

nica por VIH que destruye gradualmente el sistema inmunológico. La infección por el virus VIH no significa padecer el SIDA, ya que el periodo transitorio entre la infección y la enfermedad puede durar muchos años sin notar síntomas, encontrarse bien y tener buen aspecto. Las personas que padecen esta situación de infección sin enfermedad, se encuentran en un estado de seropositividad en el que pueden contagiar el virus a otras personas, sin siquiera saberlo.

Ambos aspectos, que acompañan a la transmisión del virus y al posterior desarrollo de la enfermedad del SIDA, tienen injerencia en la imputación de la responsabilidad desde el punto de vista del factor de atribución, como de la relación de causalidad existente entre el daño y el actuar antijurídico del agente.

Entonces, puesto que es factible que la enfermedad se detecte algunos años después, se plantea la dificultad de constatar y aportar las pruebas de la antijuricidad del hecho y el nexo causal; circunstancia que llevó a que en Francia surgiera una teoría cuyo objetivo era solucionar tal conflicto. Sustentada por la doctrina y la jurisprudencia, la teoría de la *causalité virtuelle* supone conceder una indemnización con fundamento en la equidad, aunque no se demuestre la relación causa efecto entre el hecho del médico y el daño al paciente.[1075]

Nuestra legislación no nos permite una aplicación de la denominada reparación de equidad. Ella, en cambio, resulta más acorde con el criterio empleado por el profesor Alberto Bueres.

El renombrado jurista argentino afirma que pese a que no se pueda conocer a ciencia cierta la causa del menoscabo del enfermo —muerte o daño a la salud—, los magistrados, a tenor de los elementos de

[1075] Chabas, François. *Op. cit.*, p. 693.

convicción aportados y las circunstancias del caso, pueden dar por verdadera la existencia de la relación causal, ya que por ser en extremo dificultosa su demostración, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias.[1076]

27.12.2. Transmisión sexual

Una de las formas más comunes de transmisión de esta enfermedad es, indudablemente, la sexual. En términos generales, el virus se transmite durante cualquier penetración sexual que implique el contacto del esperma o de las secreciones vaginales con una mucosa, sea vaginal, rectal o bucal.

Cuando no se toman medidas preventivas y/o de protección, puede ser suficiente un único contacto con una pareja portadora del virus.

Por obvias razones, que no es del caso explicar, la responsabilidad que puede derivarse de una situación como la planteada es siempre de naturaleza extracontractual.

El sistema, asimismo, no puede ser otro que el subjetivo, en la medida que resultaría absurdo e injusto evaluar la responsabilidad producto de una relación de este tipo, desde una óptica puramente objetiva —sistema no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico— o desde la perspectiva de la teoría del riesgo creado. En ambos supuestos se podría llegar a imputar responsabilidad a una persona que, incluso demostrando su actuar sin culpa, se vería obligada a cumplir con el pago de una indemnización, lo que —en la práctica— conllevaría la creación de una nueva víctima.

[1076] *Ibidem*, p. 694.

En cambio, sobre la base del sistema subjetivo, si la transmisión es «inocente», esto es, si el agente desconocía su carácter de portador, no habría motivo para imputarle responsabilidad, en la medida que actuó sin culpa. Lo que, sin embargo, puede verse matizado por algunos factores, tal como podremos observar más adelante.

A efectos de la responsabilidad y dentro de la teoría de la culpa, es menester distinguir dos posibilidades con relación al factor de atribución:

- Que la transmisión sea culposa, es decir, que haya sido resultado de un actuar negligente por parte del sujeto portador del virus. Esto puede ir acompañado de la culpa de la víctima que, pese a conocer el estado del otro, tuvo relaciones sin emplear las medidas de protección recomendadas, lo que supone una causal de exoneración de responsabilidad o, en todo caso, una causal de eximación parcial.

- Que la transmisión sea dolosa, lo que puede abarcar el dolo directo y el dolo eventual. El primero implica que el sujeto causante tenía la intención de dañar. El segundo, en cambio, se configura al mantener relaciones sexuales ocultando la enfermedad, pero sin intención de causar un daño.

  En ambos casos, el agente conoce su condición de portador y no lo informa al otro sujeto. La diferencia estriba, como hemos podido apreciar, en que el dolo directo se basa en la motivación del causante de contagiar la enfermedad; mientras en el eventual, esa intención no existe, sino que simplemente el portador asume como posible el riesgo de la transmisión.

Como es evidente, cada situación presupone un grado distinto de responsabilidad. Es preciso, por ende, evaluar cada caso concreto poniendo énfasis en los criterios que ya hemos desarrollado, esto es, en el ámbito en el que se desenvuelven los sujetos que intervienen, pues

ese marco constituye un factor determinante en la configuración de la conducta culposa. No se podrá obviar, tampoco, el grado de evolución y síntomas que presente el portador al momento de realizarse el comportamiento antijurídico.

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Argentina, se declaró, por unanimidad, que en la configuración de la culpa se debe tener en cuenta que el agente transmisor presente signos que hicieran evidente la enfermedad, o pertenezca a grupos de riesgo.[1077]

Como expresan Minyersky y Lambois:[1078]

> Se ha dicho que cada uno es responsable de su propio estado de salud y debe conservar su seronegatividad, pero es indudable que estos criterios deben ser analizados dentro del contexto social, económico y cultural de los actores. El joven con problemas vivenciales y condiciones vitales por debajo del mínimo no se encuentra en el mismo nivel ni puede ser juzgado con iguales parámetros que la persona que requiere los servicios de una mujer o un hombre en demanda de relaciones sexuales de pagas. Es en estos casos en los cuales consideramos que la carga del cuidado pesa significativamente sobre el sujeto sano de la relación.

En adición a estas consideraciones, en materia de responsabilidad civil se debe observar el comportamiento de los actores respecto al cumplimiento de dos obligaciones esenciales derivadas del deber genérico de obrar con previsión: Por un lado, informar a su pareja de

[1077] Entendemos y aceptamos que el criterio de pertenencia a los denominados grupos de riesgo es útil y válido, toda vez que facilita la evaluación y valoración de la culpabilidad de ambos actores para determinar la responsabilidad; no obstante, no deja de ser un criterio relativo en la medida en que todos estamos expuestos a la posibilidad de contagio.

[1078] Minyersky, Nelly y Susana Lambois. *Op. cit.*, p. 692.

su estado; y, por otro, adoptar los recaudos necesarios para que se evite la transmisión de la enfermedad.[1079]

La problemática que surge de la ignorancia que pueda tener el agente con relación a su propio carácter de portador, podría hacer borrosa la línea que separa una transmisión inocente, de una culpable o una dolosa. Esto, debido a que dicha ignorancia puede deberse a negligencia o a no querer practicarse las pruebas correspondientes, sin motivo alguno.

Tal situación nos lleva a tomar conciencia de que todos, sin distinción, podemos ser portadores del virus, por lo que es imprescindible adoptar medidas de prevención y educación. Una manera de lograrlo es explotando de forma cabal el potencial de la ley, de modo que se promuevan estrategias contra el VIH, y se logre un cambio en la mentalidad de la sociedad en general.

Julie Hamblin[1080] señala sobre el tema que, en la última década, son tres los modelos a través de los cuales la ley puede ser incorporada dentro de las políticas del VIH/SIDA.

El primero es el modelo proscriptivo tradicional, que penaliza ciertas formas de conducta. El segundo modelo se enfoca en la función protectora de la ley y en la necesidad de defender los derechos e intereses de clases particulares de personas, principalmente de aquellas infectadas por el VIH o en riesgo de infectarse. Hasta la fecha, estos dos modelos han sido ampliamente utilizados en las respuestas al VIH/SIDA.

El tercer modelo, sin embargo, ha sido explorado en mucho menor medida. Este busca emplear la ley activamente para promover

[1079] *Idem.*

[1080] Hamblin, Julie. *Op. cit.*

cambios en los valores y patrones de interacción social que conducen a la vulnerabilidad ante la infección por el VIH.

Ambos modelos, el proscriptivo y el protector para intervenciones legales, involucran juicios de valor fundamentales y, a menudo, evalúan los conflictos en relación con lo que debería protegerse y lo que debería prohibirse. Como resultado, cada modelo opera en dos niveles, primero definiendo derechos y obligaciones legales específicos; segundo, creando o reflejando ciertos valores y rechazando otros. Estos juicios de valor, inherentes a la ley, pueden influir y conformar otras respuestas.

El tercer modelo sugiere, por su parte, que la ley puede jugar un papel proactivo no solo mediando entre derechos y obligaciones o entre individuos, sino también buscando modificar los valores y patrones subyacentes de interacción social que crean la vulnerabilidad ante la amenaza de la infección por el VIH.

Otro aspecto relevante dentro de las implicancias de la transmisión sexual del VIH, es que esta puede darse tanto en las relaciones familiares, como fuera de ellas.

Aunque básicamente ambos contextos siguen la misma línea de evaluación respecto de la imputación de responsabilidad civil, el caso del contagio dentro de las relaciones matrimoniales posee un aspecto particular que resulta interesante comentar.

En principio, al involucrar la institución del matrimonio —en tanto la transmisión sea entre cónyuges— nos ubicamos dentro del Derecho de Familia, que constituye un ámbito que posee características especiales.

Como desarrollaremos con más detalle al analizar la responsabilidad civil derivada del divorcio, las relaciones que se desenvuelven en el seno de la familia y, en particular, las relaciones conyugales están

definidas por los rasgos particulares de los derechos subjetivos familiares. En estos resulta evidente la jerarquía que el aspecto personal posee con referencia al aspecto puramente patrimonial, toda vez que es fácil percibir que el interés general predomina sobre el individual.

Visto el Derecho de Familia como un Derecho de orden natural —cuyo contenido es justamente un elemento esencial dentro de la sociedad a la cual precede— y que, asimismo, reviste un profundo carácter ético y tutelar, se han esgrimido dos tesis respecto a la procedencia de la imputación de responsabilidad y su consiguiente obligación de indemnizar.

Una de las teorías niega la posibilidad de que proceda una acción de ese tipo. La otra —a la que nos adherimos— la acepta, pero admitiendo que debido a los rasgos particulares que presenta esta rama del Derecho, y en tanto están en juego instituciones de relevancia inobjetable, es necesario —al evaluar los casos que se presenten— efectuar un análisis acorde con los principios que informan al Derecho de Familia.

En pocas palabras, al evaluar la transmisión del VIH entre cónyuges, y la responsabilidad que de ello pueda surgir, habría que tomar en cuenta los principios generales de la responsabilidad civil, matizados no solo con los principios correspondientes a la bioética, sino también con los del Derecho de Familia.

La hipótesis a manejar supone, preexistiendo el estado de cónyuges, que uno de ellos adquiere culpablemente el virus, y, de manera igualmente culposa, lo transmite por contagio sexual a su pareja. Tal conducta encuadra dentro de una de las causales de separación de cuerpos —reguladas por nuestro Código Civil de 1984— que conllevan al divorcio relativo o al absoluto, en tanto la doctrina de otros países ha admitido que dicho comportamiento implica un supuesto

de injuria grave. Paralelamente, permite al cónyuge inocente accionar por el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.[1081]

27.12.3. Transmisión por vía sanguínea

Esta vía de transmisión supone que una persona ha sido contaminada por el VIH a raíz de una transfusión, siendo el agente de ello la sangre que fue inyectada como consecuencia de un tratamiento médico.[1082]

La Ley General de Salud de nuestro país brinda el marco general sobre la materia:

> Artículo 46.- «Las actividades de obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana, sus componentes y derivados, así como el funcionamiento de bancos de sangre, centros de hemoterapia y plantas de hemoderivados, se rigen por la ley de la materia y su reglamento y están sujetas a la supervisión y fiscalización por parte de la Autoridad de Salud de nivel nacional o a quién ésta delegue».

Sobre este punto, básicamente vamos a enfocarnos, entonces, en la responsabilidad del medio sanitario, en la que se pueden visualizar dos series de responsables, a saber: el centro de transfusión sanguínea y el cuerpo médico, en sentido amplio.

En términos generales, estos sujetos pueden verse vinculados en función de las distintas modalidades de operatividad de la relación paciente-médico-institución, lo que abarca desde lo contractual hasta lo extracontractual, y desde la culpa subjetiva hasta la objetivación inherente al deber de seguridad.

[1081] Pese a su importancia y vinculación con el tema, hemos optado por abordar el consentimiento de la víctima de modo genérico, luego de analizar todos los supuestos de transmisión de la enfermedad.

[1082] Chabas, François. *Op. cit.*, p. 714.

27.12.3.1. El Centro de transfusión sanguínea

La regla de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud, es bastante clara en relación con la responsabilidad que podría imputarse a estos centros. Así lo establece el artículo 48:

> Artículo 48.- «El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.
>
> Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece».

Ahora bien, reflexionando sobre el tema, tenemos que respecto a las clínicas y los hospitales donde se ha realizado la transfusión, la responsabilidad surge de la naturaleza del contrato que han celebrado con el paciente y que los obliga a utilizar productos no viciados; naturalmente, partiendo del supuesto que existiese dicha relación contractual.[1083] Para estos efectos, remitimos al lector a lo expresado cuando analizamos el tema de la responsabilidad civil de los médicos.

En principio —además de la responsabilidad solidaria de la que pueden ser titulares por el hecho de sus dependientes— se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva sobre la base del riesgo creado y de la obligación que asumen los establecimientos de garantizar el uso de productos carentes de vicios. Dicha obligación no necesita haber sido pactada de manera expresa en el contrato, en tanto se en-

[1083] Minyersky, Nelly y Susana Lambois. *Op. cit.*, p. 694.

tiende como una cláusula implícita que acompaña toda relación de este tipo, en la que la integridad, salud —e incluso vida— de una de las partes contratantes depende de la otra.

Lo anterior implica, a su vez, que la clínica o el hospital, son —ellos mismos— responsables, bien como personas jurídicas de derecho privado, o como entes morales de derecho público. Solo pueden librarse de la responsabilidad, destruyendo la relación de causalidad, para lo cual requieren demostrar la presencia de una causa extraña. Dicha causal de exoneración debe ser imprevisible y exterior; de lo contrario, no podrá ser entendida como un eximente.

En Francia, uno de los países más afectados con este tipo de situaciones, la Corte de Casación se ha pronunciado conforme a ese criterio en más de una oportunidad. De esta manera, ha optado por considerar al transfundido como acreedor de una obligación contractual tácita de seguridad, de la que el deudor —centro de transfusión— solo puede eximirse a través de la prueba de una causa extraña.[1084]

En la hipótesis de que la clínica y el hospital no sean ellos mismos los encargados de la recolección de la sangre, de su control, de su acondicionamiento y suministro, sino que ese rol corresponda a centros de transfusión, las consecuencias varían en relación con los intervinientes.

Así, mientras el centro de transfusión tendría que asumir la responsabilidad sobre la base de la garantía de seguridad a la que implícitamente se ha obligado, la clínica o el hospital que efectúo la transfusión dañosa, respondería de manera diferente.

La Corte de Casación Francesa ha sentenciado, al respecto, que la clínica en la que se realizó la transfusión que originó el contagio,

[1084] Chabas, François. *Op. cit.*, p. 714.

debe responder en razón de una simple obligación de prudencia y de diligencia en la provisión de productos sanguíneos suministrados por un centro de transfusión. Agrega en su pronunciamiento, que la responsabilidad sería atribuida si hubiera tenido la posibilidad de fiscalizar la calidad de la sangre transfundida, lo que parece totalmente teórico.[1085] El factor de atribución sería, por ende, la culpa de la clínica, a condición de que haya tenido la oportunidad de fiscalizar la calidad de la sangre.

Según expresa Saux:[1086]

> A nadie escapa que el Estado —en cualquiera de sus manifestaciones territoriales— es sujeto pasivo apto en casos de contagio de SIDA u otras enfermedades graves derivadas de mala praxis profesional brindada en los hospitales públicos, normalmente corporizados en el empleo de cosas riesgosas o viciosas, tales como la aparatología no debidamente esterilizada o transfusiones sanguíneas con hemoderivados infectados inadvertidamente.

27.12.3.2. El cuerpo médico[1087]

Nuestra Ley General de Salud —en el Capítulo que corresponde al ejercicio de las profesiones médicas y afines y de las actividades técnicas y auxiliares en el campo de la salud— establece, al respecto, lo siguiente:

[1085] *Ibidem*, p. 715.

[1086] Saux, Edgardo Ignacio. *Op. cit.*, p. 635.

[1087] Hemos desarrollado el tema de la responsabilidad derivada del ejercicio profesional de la medicina, así como algunos de sus supuestos principales, en un capítulo específico del Tratado. En él elaboramos un análisis profundo, por lo que en esta parte nos limitaremos a enunciar nociones generales que nos sirvan de base para un mejor entendimiento sobre la materia que en estos momentos nos interesa, esto es, la responsabilidad civil derivada de transfusiones sanguíneas.

Artículo 36.- «Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades».

En primer lugar, resulta conveniente revisar algunas ideas claves en un tema tan complejo como el que nos atañe, a fin de definir las nociones principales contenidas en la citada norma.

Por consiguiente, tenemos que empezar afirmando que los médicos se encuentran obligados a brindar asistencia sanitaria en forma diligente. Esta prestación envuelve un cúmulo de deberes que se van manifestando en cada etapa de la entrega de asistencia. Es, por consiguiente, deber del facultativo hacer conocer al paciente los riesgos inherentes al tratamiento o a la operación; de igual forma debe, en lo posible, evitar los tratamientos peligrosos y los experimentos; está obligado, además, a tener cuidado en el diagnóstico y a brindar un tratamiento apropiado, lo que no implica garantizar el éxito en la curación.

Como afirma Razi:[1088]

> Sobre el médico pesa indudablemente el esmerado deber de cuidado en el ejercicio de su profesión, estando obligado a impedir, con los recursos disponibles, aquellos resultados adversos o fatales que sean consecuencia de su acción u omisión, en cuanto a la elección de los medios y el método de empleo.
>
> La doctrina denomina *lex artis* al conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de la profesión. De ahí que, para determinar la conducta del profesional de la salud conforme a la *lex artis*, se deben tener presentes, actualmente, los estándares de calidad del servicio de la época del tratamiento.

[1088] En *Bioética y derecho. Op. cit.*, pp. 114 y115.

Una conducta que no es acorde con la *lex artis* se define como *mala praxis*, lo que constituye una manera inadecuada de ejercer la profesión médica y, en consecuencia, presupone una suerte de culpa virtual.

De este modo, el facultativo estará incumpliendo sus deberes de cuidados y garantía de seguridad respecto de su paciente, cuando su actuar sea culposo o doloso. La culpa engloba un defecto de la conducta, de la voluntad o del intelecto, así como desatención o descuido. El dolo, por su parte, implica una intención maliciosa, un obrar a sabiendas de que causará un daño y con el propósito de conseguirlo.

La culpa se manifiesta en el error del médico por insuficiencia de conocimientos, por negligencia en el diagnóstico o por lo complejo del cuadro clínico. Esto conlleva la imputación de responsabilidad al profesional que actuó con impericia o ignorancia inexcusable, con imprudencia, o con negligencia.

Según expresa Razi:[1089]

> La impericia, como falta de preparación, puede originar errores por deficiente actuación o por omisión, ya sea en el diagnóstico o en el tratamiento. Siempre existirá un margen de error aceptable, el cual sólo ha de ser admitido cuando se refiera a puntos oscuros y discutidos por la ciencia médica [...].
>
> La culpa por imprudencia consiste en no obrar con la debida precaución que la ciencia médica hace aconsejable para evitar el riesgo a que puede llevar el acto médico ejecutado sin mayor reflexión.
>
> En todo caso, la valoración de la actuación imprudente de un médico es esencialmente relativa, pues en muchos casos depende de las circunstancias y del medio en el que se desarrolle su misión [...].

[1089] *Ibidem*, pp. 120 y ss.

> En la culpa por negligencia o facultativa pasiva, la conducta se traduce en una omisión. Consiste en el incumplimiento de un deber, en una falta de precaución, una omisión de la atención y de la diligencia debida, una pereza volitiva; todas son conductas que se cometen usualmente por vía de omisión, es decir, una actitud pasiva del médico. Existe, de este modo, una falta de precisión de las fatales consecuencias en que puede derivar la omisión, debido a la ligereza del médico, que le impide medir los resultados. Es el desprecio del cuidado lo que particulariza a la negligencia, a diferencia de la imprudencia, cuya nota característica es la falta de previsión.

Luego de estas consideraciones —y bajo la premisa de que, salvo casos especiales, la responsabilidad del médico por los daños ocasionados al paciente es de naturaleza contractual— es evidente que de configurarse una conducta acorde con lo que hemos definido como *mala praxis*, se configura la responsabilidad del facultativo, por cuanto ha incumplido el deber de cuidado y seguridad al que se encuentra obligado.

La *mala praxis* médica, vinculada estrechamente al contagio del SIDA por transfusiones sanguíneas, tiene como protagonista al hemoterapeuta.

En efecto, la responsabilidad no puede recaer sobre el médico que prescribió la transfusión a raíz de la cual el enfermo contrajo el virus, puesto que dentro de su ámbito de actuación no se encuentra la supervisión de la sangre utilizada. También se descarta la responsabilidad del facultativo que procedió a realizar la transfusión, pero cuya función tampoco era la de control o fiscalización de la sangre.

Según refieren Minyersky y Lambois:[1090]

[1090] Minyersky, Nelly y Susana Lambois. *Op. cit.*, p. 693.

> Puede decirse que la responsabilidad del hemoterapeuta se sustenta en una obligación tácita de seguridad, típica de los contratos de prestaciones médicas. La obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su interpretación o integración a la luz del principio de la buena fe.

Al igual que lo visto con relación a los establecimientos de transfusión, las causales de exoneración se encuentran restringidas a factores externos y extraños.

Mención especial merece, nuevamente, la jurisprudencia francesa[1091] que —en su afán de eficacia— admite de modo muy amplio el compromiso de la responsabilidad de terceros. Esto lo hace distinguiendo dos categorías de terceros, a saber:

(a) Los terceros que han tornado necesaria la transfusión

> Así, la Corte de Casación considera responsable al autor del accidente que originó que la víctima necesitara la transfusión. El factor de atribución sería el mismo por el cual el tercero es considerado responsable del accidente, lo que depende de las circunstancias en que este se haya producido.
>
> En general, el razonamiento de la Corte nos parece criticable, ya que adopta una postura basada en la teoría de la equivalencia de las condiciones, lo que supone estirar el espectro de la responsabilidad de modo exagerado. A nuestro entender, debe predominar la teoría de la causalidad adecuada, lo que conlleva

[1091] Chabas, François. *Op. cit.*, pp. 716 y 717.

a afirmar que el tercero causante del accidente deberá responder por los daños del mismo derivados de su conducta antijurídica y no de la del establecimiento o del hemoterapeuta. A lo que hay que sumar los problemas probatorios ya mencionados.

(b) Los terceros que han sido causa de la mala calidad de la sangre

En esta hipótesis se señala que no existe motivo alguno para excluir la responsabilidad del donante de la sangre que en la época de la donación se sabía seropositivo. El factor de atribución sería, obviamente, el dolo con el que se condujo. Otra vez, sin embargo, las dificultades probatorias están presentes.

Asimismo, dentro de esta categoría se consideran responsables a las autoridades administrativas o políticas que, conociendo que la sangre estaba contaminada, han aceptado que esta fuera distribuida.

27.12.4. Transmisión por transplante de órganos

Existe en nuestro país un marco legal que regula esta materia, el mismo que tiene como norma base a la Ley General de Salud:

Artículo 45.- «La ablación de órganos o tejidos con fines de transplante o injerto sólo puede realizarse en establecimientos de salud debidamente habilitados o en instituciones médico-legales, cumpliendo, en cada caso, los procedimientos que la ley establece.

Los transplantes de órganos o injertos de tejidos sólo pueden efectuarse en establecimientos de salud que cuenten con servicios especializados debidamente acreditados para tal fin.

La ablación de órganos y tejidos, así como el transplante o injerto de los mismos, se rigen por la presente ley, la ley de la materia y su reglamento.

Los establecimientos de salud sólo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de transplante o injerto a título gratuito.

Los establecimientos de salud que la Autoridad de Salud de nivel nacional autorice, podrán instalar y mantener, para fines terapéuticos, bancos físicos de órganos y tejidos».

Pese a esto, aún se presentan casos de contagio por esta vía, lo que implica que no se cumple con las previsiones legales establecidas, es decir, existe un comportamiento antijurídico por parte de los sujetos intervinientes.

No hay mucho que agregar respecto de esta modalidad. En realidad, la reflexión hecha al examinar la transmisión por vía sanguínea se aplica también a este supuesto. Por ello, simplemente nos remitimos a lo ya expresado.

27.12.5. Transmisión perinatal de madre a hijo durante el embarazo, el parto o la leche materna

Este supuesto se ubica dentro de la categoría de transmisión de enfermedades de padres a hijos, la misma que conlleva polémicas y discusiones desde el punto de vista doctrinal y ético. No vamos a profundizar demasiado en este punto, debido a que, en general, hemos desarrollado dichas controversias y el marco conceptual en el que se encuadra, al analizar la responsabilidad civil por actos derivados de la bioética, capítulo al cual nos remitimos.

Por ende, cabe centrarnos en el supuesto específico. Así, en principio, debemos expresar que la transmisión perinatal es un problema que en la actualidad no termina de tener eco.

Al momento de atribuir las responsabilidades resulta imprescindible considerar dos factores particulares de esta vía de transmisión, sin obviar, por supuesto, los principios generales que ya hemos analizado:

(a) No pueden pasarse por alto los considerables avances médicos y científicos que en materia de la prevención del SIDA pediátrico se han producido en los últimos años. Sin embargo, a la

hora de atribuir la responsabilidad, se debe recordar también que dichos tratamientos resultan muy costosos.

De allí que las tasas de transmisión se encuentren en íntima vinculación con el grado de desarrollo de un país, factor que afecta —como hemos reiterado durante todo este Capítulo— los índices de transmisión de forma global.

En consecuencia, al deslindar responsabilidades, deberá ser tenida en cuenta cada una de esas posibilidades que proporciona el avance científico, sin olvidar la debida articulación entre los principios de autonomía y los del nuevo ser que se está gestando, que para las partes constituye un elemento definitorio ineludible.[1092]

(b) Otro aspecto importante a considerar es que la presencia de anticuerpos en el recién nacido no debe interpretarse siempre como positividad viral del neonato, ya que esto se confirmará pasados unos 18 meses, que es cuando desaparecen los anticuerpos adquiridos de la madre.

Es a partir de ese mes, que se podrá saber si el paciente pediátrico está relacionado —y cómo lo está— con la patología del VIH.

Dentro de estos parámetros específicos se debe analizar tanto la responsabilidad de los padres como la del centro sanitario —incluyendo al cuerpo médico— en que la madre ha sido atendida. La responsabilidad de los segundos parte de los criterios ya elaborados en los puntos anteriores. En lo que concierne a la responsabilidad de los padres, se han esgrimido dos posiciones de contenido opuesto.

[1092] Minyersky, Nelly y Susana Lambois. *Op. cit.*, p. 695.

A una de ellas se adhieren todos aquellos que avalan la procedencia del reclamo resarcitorio, sustentando su tesis en un reproche subjetivo. Esta postura fue asumida —por mayoría— en las XIII Jornadas de Derecho Civil realizadas en Argentina. Se sostuvo entonces que los padres son responsables ante sus hijos por las taras hereditarias que les ocasionen a raíz de una enfermedad grave de la que tenían conocimiento.

En sentido contrario, otra corriente señala que ante la ausencia de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil es imposible que proceda un reclamo indemnizatorio. Sostienen, de este modo, que no se advierte una conducta antijurídica, por cuanto las relaciones fecundantes, que son las transmisoras de la enfermedad, no pueden catalogarse como antijurídicas.[1093]

Sobre el particular, coincidimos con la tesis adoptada por Nelly Minyersky y Susana Lambois,[1094] quienes sostienen que en la transmisión de la enfermedad al hijo hay que distinguir dos situaciones:

(a) Por un lado, no existe un daño si la transmisión se produjo en el mismo acto de la concepción, puesto que en ese momento no había un interés jurídico que proteger. Sostener lo contrario, equivale a sustentar que el interés protegido es el derecho a no nacer enfermo, lo que nos lleva a preguntarnos qué es mejor, si nacer enfermo o no nacer.

(b) Si, en cambio, la transmisión no se realizó al momento de la concepción sino en una etapa posterior, habría que examinar, sobre la base de la teoría subjetiva y de los elementos desarrollados, la procedencia de un reclamo indemnizatorio en contra de la madre.

[1093] *Idem.*

[1094] *Ibidem*, pp. 695 y 696.

27.12.6. Consentimiento de la víctima y riesgo profesional

No consideramos adecuado finalizar nuestra reflexión sobre este controvertido tema, sin dedicar unas cuantas líneas a la problemática que representan las nociones de consentimiento y riesgo profesional en lo relativo a la responsabilidad civil.

Ambas materias tienen injerencia en los supuestos analizados y, asimismo, se encuentran vinculadas entre sí, en la medida que el concepto de riesgo profesional se halla ligado, de alguna u otra manera, al de consentimiento de la víctima. Básicamente, el conflicto que se deriva de estas nociones se encuentra referido a que, conforme a las circunstancias, se presenten como excluyentes de la antijuridicidad.

En lo que concierne específicamente al consentimiento, Saux[1095] refiere lo siguiente:

> Dejando a salvo por impensables otras hipótesis, nos preguntamos si la aceptación que verbigracia se haga a mantener relaciones verosímilmente puede estarlo, logra inhibir la pretensión resarcitoria si el contagio luego se produce. Desde el punto de vista penal, como comercial, en la óptica de la ley de seguro, la conclusión coincidente es que salvo que el contagio fuera doloso, mediando culpabilidad culposa del dañador, el consentimiento de la víctima priva de ilicitud al acto transmisor del virus.

Esa postura coincide con las conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Argentina. Allí se acordó que para calificar la culpa del agente es necesario atender a su pertenencia a uno de los denominados grupos de riesgo o a la manifestación física que tenga del mal.

[1095] Saux, Edgardo Ignacio. *Op. cit.*, p. 637.

A ello habría que agregar los criterios a los que nos hemos referido a lo largo de este estudio y que se enfocan en el contexto social, económico y cultural en el que se desenvuelven los sujetos.

Debemos tener siempre en cuenta que cada situación presenta matices propios, que son determinantes a la hora de evaluar, calificar y valorar un hecho.

El riesgo profesional, por su parte, implica también un análisis minucioso de las circunstancias en las que se llevó a cabo la transmisión.

Nuestro examen debe partir de la premisa de que dicho riesgo no es exclusivo de los sujetos vinculados a la actividad sanitaria. Esto se ve reflejado en el hecho de que, incluso, son más numerosos los casos detectados en los que el contagio lo padece un miembro del personal de seguridad y no del vinculado al arte de curar.

En general, el riesgo profesional implica que el sujeto reconoce y asume que, por el tipo de actividad que realiza, se encuentra más expuesto que otros a sufrir daños que, en el caso específico que nos compete, se encuentra vinculado directamente al derecho a la salud. Por consiguiente, asume también que debe seguir ciertas pautas y cuidados especiales en el ejercicio de su profesión.

Siguiendo lo expuesto, y en pocas palabras, podemos sostener que el riesgo profesional quedará incluido en la propia culpa de la víctima, si es que ella ha omitido cumplir con los deberes de bioseguridad que legalmente están impuestos. De lo contrario, se genera una obligación resarcitoria de naturaleza contractual y de factor objetivo del riesgo creado con relación al ente para el cual el sujeto contagiado prestaba servicios.[1096]

[1096] *Idem.*

Como se puede apreciar, tanto el consentimiento de la víctima como el riesgo profesional constituyen elementos que pueden llevar a exonerar al causante o, al menos, disminuir proporcionalmente el monto de la indemnización.

27.12.7. A modo de conclusión

Luego de revisar algunos de los aspectos principales de un problema tan complejo como es el de la responsabilidad civil derivada del contagio del SIDA, no nos queda sino la convicción de que no existe una única fórmula con la cual podamos abarcar cada uno de los casos que en los hechos pueden presentarse.

En efecto, esta despiadada enfermedad que se ha convertido en una verdadera pesadilla para el mundo, representa una serie de problemas y controversias que se desenvuelven en todos los ámbitos, incluido el jurídico. Son muchos los intereses involucrados, al igual que son variados los criterios y factores que conforman la base de evaluación de los diferentes conflictos derivados de la transmisión.

En el campo de la responsabilidad civil, lo expuesto es más que evidente. Las perspectivas que deben considerarse para lograr una valoración adecuada poseen caracteres peculiares en función del supuesto que se analice.

No es solo cuestión de aplicar los principios generales de la responsabilidad, sino que resulta necesaria, a su vez, una valoración en la que se estructuren los principios propios de la bioética, y, de ser el caso, los principios de responsabilidad civil familiar y médica, en específico.

Todo esto, acompañado de una política legislativa en la que se incorpore a la ley en su modelo proscriptivo, protector y transformador de la mentalidad y los patrones de interacción social, la que, asimismo, debe articularse con toda una campaña de fomento del desarrollo.

27.13. Responsabilidad civil derivada del divorcio

Nadie desconoce la importancia de la familia como base de la sociedad y del desarrollo humano. Del mismo modo, así como la base de la sociedad es la familia, la base de la familia tradicional es el matrimonio, que, como tal, se constituye en la fuente jurídica más importante del Derecho de Familia. Por tanto, el matrimonio es una institución social de indiscutible trascendencia.

El Código Civil vigente define esta institución en su artículo 234 con el siguiente texto:

> Artículo 234.- «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.
>
> El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales».

En consecuencia, esta institución posee tres características esenciales: la unidad, el sentido de permanencia y el sentido de legalidad.

La unidad se expresa en la forma monogámica, en la dirección del hogar y en la subordinación de los múltiples fines a uno superior y unitario. Por su parte, la idea de permanencia es consubstancial a la vida misma de la asociación del casamiento y se ofrece en función de la necesaria y duradera protección a los hijos, objetivo vinculado a la conservación y perfeccionamiento de la especie. Por otro lado, la legalidad se refiere a que es la ley la que preestablece, fuera de la voluntad individual, un régimen jurídico inalterable para los contrayentes.[1097]

[1097] Valverde, Emilio. *Derecho de familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ministerio de Guerra, 1942, p. 58.

Todo lo cual, a su vez, tiene como premisa el consentimiento de los contrayentes, que es el acuerdo en el que se fundamenta aquello. No resulta posible hablar de un matrimonio en el que no medie consentimiento de quienes lo contraen; de aquí que sea visto como un acto jurídico, pese a los caracteres especiales que posee y que luego analizaremos.

Precisa hacer hincapié en que el vínculo matrimonial da nacimiento a una serie de derechos y deberes patrimoniales y personales entre los cónyuges. Así, las relaciones personales entre los cónyuges se deben regir sobre la base de tres principios claves: la fidelidad, la cohabitación y la asistencia recíproca.

De todo esto se sigue que cuando un matrimonio se ha contraído válidamente, es decir, siguiendo lo dispuesto por la ley en cuanto a la forma y a la ausencia de impedimentos, así como sobre la base del consentimiento de los contrayentes, se genera un vínculo entre los esposos. Este vínculo tiene como contenido una serie de derechos y deberes de naturaleza personal y patrimonial, también establecidos por la ley.

La realidad nos muestra, sin embargo, que se presentan no pocos casos en los que ese vínculo no es más que formal, abundando matrimonios en los que el fundamento de los deberes y derechos conyugales ha desaparecido. El Derecho tampoco puede ser ajeno a esta circunstancia, por lo que a la par que debe regular la institución matrimonial, debe buscar una solución jurídica al problema de los matrimonios destruidos.

Esa comprobación de la realidad determina que el matrimonio ya no sea un vínculo indisoluble, como sí lo era hasta hace algunas décadas. En la década de los años treinta del Siglo XX se introdujo en nuestro sistema jurídico, entre otras innovaciones, el divorcio vincular. Esta figura persiste hasta hoy, con diversas modificaciones en su regula-

ción, de acuerdo con los problemas que se van planteando y a la política legislativa que se pone en práctica para resolver esos conflictos.

Como señala Alex Plácido:[1098]

> Una regulación en nuestros días no puede ignorar la existencia de un número considerable de matrimonios rotos. Y la ley, si no quiere ignorar la realidad de estos matrimonios rotos, tiene que ofrecer también a esos matrimonios un remedio, una solución. Por ello, el divorcio debe establecerse en casos de matrimonios que hubieran fracasado. Se constata un hecho real y casi siempre dramático que son los matrimonios irremediable e irremisiblemente rotos, frente a los cuales el Derecho debe buscar un cauce de relativa solución a través del divorcio, que sea menos gravoso que el mantenimiento de un lazo —desde el punto de vista positivo— que efectivamente no representa ya nada.

Ahora, si bien el divorcio aparece de esta forma como la respuesta jurídica al fracaso matrimonial, no debemos olvidar que él lleva implícita la necesidad de recibir un tratamiento legal adecuado, a fin de no atentar contra la institución matrimonial y la seguridad sobre la que esta debe fundarse. Una regulación adecuada no implica una promoción del divorcio. Por el contrario, supone que, partiendo de la promoción de la familia y del matrimonio y sus fines, presenta al divorcio como una opción eficiente y eficaz para los casos en los que el matrimonio ha perdido toda su esencia, su sentido y su contenido.

Nuestro sistema jurídico diferencia, al respecto, entre la separación personal o divorcio relativo, que en un primer momento no disuelve el matrimonio, y el divorcio vincular o absoluto, que implica el decaimiento del vínculo matrimonial.

[1098] Plácido, Alex F. *Reforma del régimen de decaimiento y disolución del matrimonio.* Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2001, p. 23.

Así, la sentencia en el juicio de divorcio relativo no destruye el vínculo matrimonial; lo que produce es un efecto suspensivo de algunos efectos que han sido propios del matrimonio, como por ejemplo el deber de cohabitación. Pese a que se dice que la separación de cuerpos es la antesala al divorcio absoluto, la idea de su regulación no fue esa. Por el contrario, la razón que guió a los legisladores fue la de crear un espacio de reflexión para la pareja, a fin de propiciar una posibilidad para alcanzar la reconciliación.

El divorcio relativo se basa en situaciones de hecho que, al contravenir la esencia misma del matrimonio, adquieren relevancia jurídica, constituyéndose en causales que pueden provocar la disolución absoluta del matrimonio. Entre estas causales podemos mencionar al adulterio, a la violencia física o psicológica y a la injuria grave.

Aquellas causales, señaladas de manera taxativa por la ley, también pueden ser invocadas para la consecución de la sentencia del divorcio vincular. Esta perspectiva del divorcio sobre la base de causales específicas que representan violaciones graves a los deberes conyugales, se inserta dentro de la concepción del divorcio como sanción.

Desde esta óptica, la sentencia exige la prueba de la culpa de uno o de ambos cónyuges y, por ello, el divorcio supone una sanción contra el culpable que se proyecta en sus efectos, como por ejemplo, la pérdida o restricción del derecho alimentario.[1099] El divorcio como sanción permite aplicar la teoría según la cual nadie puede invocar hechos propios, por lo que el cónyuge culpable no puede invocar su propia culpa para solicitar el divorcio.

Además de esa visión, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la concepción del divorcio como remedio, para lo cual acepta la separación personal o el divorcio absoluto por petición conjunta de los esposos. La doctrina del divorcio-remedio se sustenta «en la trascendencia de la frustración de la finalidad del matrimonio, en la ruptura de la vida matrimonial, con prescindencia de si uno o ambos cónyuges son responsables de ello, por lo que cualquiera de ellos tiene legítimo interés para demandar».[1100]

[1099] *Ibidem*, p. 34.

Actualmente muchos analistas de la materia sostienen que los conceptos de «inocente» y «culpable» son insuficientes para entender la complejidad de la crisis de la pareja. Por esta y otras razones, fue promulgada la Ley N.º 27495, que «incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y subsiguiente divorcio», toda vez que modifica algunas de las causales del Código Civil de 1984. Dicha ley, cuyos aspectos esenciales veremos brevemente más adelante, se suma al divorcio convencional y al divorcio-sanción, con fórmulas de la doctrina del divorcio-remedio.

De esta manera, nuestro sistema jurídico ha tomado la fórmula mixta, adoptando ambas concepciones al regular el tema del divorcio. En nuestra legislación conviven, entonces, los dos sistemas: el subjetivo, o de la culpa de un cónyuge; y el objetivo, basado en la ruptura de la vida matrimonial, constatada a través del mutuo acuerdo de los propios cónyuges o del cese efectivo de la convivencia durante cierto tiempo.

No obstante que el divorcio, visto desde cualquiera de sus concepciones, tiene por finalidad poner fin al conflicto matrimonial,

> Esto no quiere decir ni mucho menos que esta solución jurídica remedia todos los males que haya producido la ruptura del matrimonio. Esta ruptura supone un fracaso en la convivencia. Lleva consigo una serie de

[1100] *Ibidem*, p. 35.

distorsiones en la propia vida de los cónyuges y, sobre todo, en los hijos. Todos esos males no los remedia la ruptura del vínculo o el divorcio. Pero lo que el divorcio busca no es el remedio de los males reales que el fracaso matrimonial haya producido, sino una solución a las situaciones en las que el mantenimiento del vínculo produce una anomalía jurídica de situaciones concretas por razón de una normativa jurídica sostenida por el Estado, o produce una especie de anomalía en relación con esos matrimonios.[1101]

27.13.1. ¿Es posible hablar de responsabilidad civil derivada del divorcio?

No se puede negar que el divorcio en sí, o por los hechos constitutivos de sus causales, suele implicar, para alguno de los cónyuges, una fuente de daños o perjuicios que pueden ser tanto de naturaleza material como moral. Sin embargo, aún no hay acuerdo para determinar si estos daños pueden o deben ser reparados a través de la aplicación de la figura jurídica de la responsabilidad civil. Los diversos planteamientos que han sido elaborados pueden sintetizarse, básicamente, en dos teorías: la negativa y la afirmativa.

27.13.1.1. La tesis negativa

Como su nombre lo indica, esta posición no admite la responsabilidad civil derivada del divorcio. Entre los autores que la respaldan podemos nombrar a Bibiloni, Borda y Llambías.

Mientras Bibiloni sostiene, usando para ello a la causal de adulterio como ejemplo, que la acción del daño genera una especie de repulsión instintiva, sublevándose la conciencia moral ante semejantes reclamos,[1102] Borda plantea que el pretender lucrar, en el caso de la

[1101] *Ibidem*, p. 11.

[1102] CIFUENTES, Santos. «El divorcio y la responsabilidad por daños». Revista *Ius et Praxis* de la Universidad de Lima, n.º 15, junio 1990, p. 61.

infidelidad, con la deshonra, es contrario a las buenas costumbres y a la moral.

Llambías, por su parte, juzga como inaplicable el sistema de sanciones resarcitorias propias de las obligaciones, a los deberes de contenido extrapatrimonial, como el de la fidelidad.[1103] Para el tratadista argentino, los deberes entre los esposos no son susceptibles de valoración económica y, por lo mismo, no son susceptibles de ser resarcidos por la vía de la responsabilidad civil, pues se trata de deberes morales.

Así, los argumentos en los que se sustenta esta doctrina se reducen a la incompatibilidad que existe entre la acción por daños y el Derecho de Familia. Para esta tesis, las características particulares del Derecho de Familia impiden aplicar las reglas de la responsabilidad civil.

Desde esta perspectiva, las relaciones familiares, en general, y las relaciones entre los esposos, en particular, pertenecen a un orden moral que es incompatible con el pedido de resarcimiento o con el llamar a un cónyuge culpable y al otro inocente. Los defensores de esta tesis afirman que no se debe ni se puede atribuir a uno solo de los cónyuges el fracaso del matrimonio, por cuanto las desavenencias de una pareja proceden de dificultades bilaterales relacionadas con la evolución de cada uno de sus miembros. La única culpa que se puede atribuir a cada cónyuge es la de haberse engañado acerca de sí mismo y vivir en pareja.

Para analizar estos argumentos es necesario, primero, que revisemos las principales características del Derecho de Familia, a fin de determinar si efectivamente es incompatible con la acción de responsabilidad civil.

[1103] BELLUSCIO, Augusto y Eduardo ZANNONI. *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983, p. 19.

Según expresa Emilio Valverde,[1104]

> La familia, asociación espontánea y natural de los que dentro de la misma convivencia cumplen los fines de la vida material y espiritual, constituye la célula primigenia, irreductible y fecunda expresión de la sociabilidad humana. De existencia universal, se ofrece con las infinitas variantes que presenta su organización a través del espacio y del tiempo, como fuente originaria de los distintos agrupamientos sociales. Es sobre ella que se elabora y afirma en último término la vida y el desenvolvimiento de la Nación y del Estado, cuya conservación y prosperidad están vinculadas a la sana y vigorosa constitución de esa primera unidad social.

Es innegable que la familia ocupa un lugar privilegiado dentro de la estructura social. Así, la familia se constituye como la primera unidad grupal en la que se establecen un conjunto de relaciones que permiten al ser humano desarrollarse y prepararse para integrar la sociedad a la que pertenece.

Debido a sus rasgos particulares, entre los que destaca la trascendencia del elemento personal, derivado de los vínculos vitales y orgánicos que emanan de la familia, su regulación presenta, a la vez, características propias. De esta manera, la familia se encuentra regulada —en la relación interna de sus miembros y en la relación con el resto de la colectividad— por la costumbre, las creencias y la moral, así como por las disposiciones del derecho positivo.

Para Valverde[1105] es posible distinguir, según intervenga o no la acción previsora y coactiva del Estado, entre un derecho interno y uno externo en el ámbito de las relaciones familiares.

[1104] Valverde, Emilio. *Op cit.*, p. 7.
[1105] *Ibidem*, p. 8.

El derecho interno corresponde a las reglas formuladas por la autoridad doméstica, las cuales tienen injerencia en aquellos aspectos en los que están en juego, exclusivamente, intereses privados e íntimos de la vida familiar. El derecho externo, en cambio, está constituido por las disposiciones normativas elaboradas por el legislador, a fin de promover y fortalecer esta importante institución.

El Derecho de Familia, en términos generales, cuenta con diversos caracteres, a saber:

(a) Es un derecho de orden natural

Este rasgo se basa en la idea de que la familia es una sociedad que deviene de la unión marital que, como tal, existe antes que el Estado o que cualquier otra comunidad, y que de por sí ha ostentado, y ostenta, derechos propios. Por ende, desde esta perspectiva, se afirma que el legislador no crea el derecho sino que lo reconoce y reglamenta para lograr un funcionamiento adecuado de la sociedad.

(b) Posee un profundo carácter ético

La noción de familia implica, asimismo, un conjunto de relaciones en las que el amor es, o al menos debería ser, el elemento primario. Estas relaciones tienen como característica la permanencia y la búsqueda de un fin ético especial que involucra la cooperación de todos los miembros del grupo vistos en forma individual, y como un todo unido sobre la naturaleza y la moral.

(c) La estructura familiar es de orden público

El fundamento de esta afirmación lo encontramos en la propia trascendencia de esta institución, que impide que el legislador pueda mantenerse al margen de la regulación de las relaciones familiares. De este modo, dentro del ámbito de lo privado, el

> Derecho de Familia no concede un total ejercicio de la autonomía privada de los sujetos, en tanto entiende que existe un interés superior que se debe garantizar antes que los intereses individuales.
>
> El interés de la sociedad y el reconocimiento de un interés superior a las conveniencias individuales limita la autonomía de la voluntad: la mayoría de sus normas es de orden público, si bien la libre acción de la voluntad particular es comparativamente mayor en la esfera de lo patrimonial que en la de lo personal.[1106]

(d) El Derecho de Familia tiene un carácter tutelar

> Vinculado a lo anterior, este rasgo también tiene como punto de partida el que la familia persigue un interés social superior a los meramente personales. Así, como consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico vela por su adecuado desenvolvimiento por medio de una serie de figuras y mecanismos.

Las características mencionadas se encuentran plasmadas en nuestro sistema jurídico que, al igual que en la gran mayoría de los Estados, reconoce a la familia como el principal cuerpo social. Este reconocimiento, en primer lugar, tiene como marco el artículo 4 de la Constitución Política de 1993, cuyo texto señala lo siguiente:

> Artículo 4.- «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.

[1106] Barbero, Omar U. *Daños y perjuicios derivados del divorcio.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1977, pp. 94 y 95.

> La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley».

A esto se suma el artículo 233 del Código Civil Peruano de 1984 que establece lo siguiente:

> Artículo 233.- «La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú».

Tras lo expuesto, es evidente que el Derecho de Familia posee características peculiares que están definidas por los rasgos particulares de los derechos subjetivos familiares. Nadie niega la jerarquía de las relaciones personales sobre las patrimoniales, toda vez que es evidente que el interés general predomina sobre el individual.

Pero, en verdad, ¿es acaso suficiente esta reconocida particularidad para considerar que los principios propios de la responsabilidad civil no pueden aplicarse a los daños que pueden derivarse del divorcio?

Pensamos que la respuesta es un no rotundo. Compartimos, en este punto, el razonamiento de María J. Méndez,[1107] quien al respecto se pronuncia con las siguientes palabras:

> La peculiaridad del Derecho de Familia no es violada porque no se deja de atender a los rasgos que distinguen a los derechos subjetivos familiares cuando, fundándose en otras instituciones del mismo ordenamiento jurídico, se sostiene que es justo reparar el perjuicio resultante de la violación de deberes jurídicos hiriente de los correlativos derechos subjetivos del cónyuge afectado.

[1107] Citada por Trigo Represas, Felix A. *Derecho de Daños. Op. cit.*, pp. 647 y 648.

No negamos, entonces, la particular naturaleza de las relaciones familiares que hacen del elemento moral un aspecto de gran relevancia; sin embargo, consideramos que la moral no se ve afectada con la aplicación de la responsabilidad civil. Por el contrario, pensamos que no resarcir el perjuicio causado amparándose en la ética y las buenas costumbres, sería atentar contra la moral y el principio general del ordenamiento según el cual quien causa un daño está obligado a repararlo.

De igual forma, no negamos que el contenido de los deberes conyugales es extrapatrimonial y que, por lo mismo, no se trata de obligaciones civiles. Es más, en el Tomo I de este mismo Tratado[1108] ya nos hemos referido a este tema al señalar que los deberes familiares denotan la ausencia del elemento patrimonial y la preponderancia de los principios de orden moral. No obstante, ello no implica que no se pueda hablar de responsabilidad civil en los supuestos en los que el incumplimiento de estos deberes reconocidos por ley, traiga consigo la producción de un daño.

Tampoco negamos que haya situaciones en las que el denominar a uno de los cónyuges culpable y al otro inocente sea usar términos más relativos que ciertos. Sin embargo, la propia naturaleza tutelar del Derecho de Familia es lo que ha llevado al Estado a legislar de esa manera. Se trata de brindar una regulación que promueva una conducta acorde con los deberes y derechos que forman el contenido del vínculo matrimonial, de modo que su violación, sobre la base de las causales taxativamente reguladas por la ley, suponga una serie de consecuencias de orden patrimonial que el cónyuge culpable deberá asumir a favor del inocente, como una suerte de sanción.

[1108] Véase Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, Primera Parte, tomo I, pp. 81 y 82.

27.13.1.2. La tesis positiva

Luego de haber puesto al descubierto la insuficiencia de la teoría negativa, lo lógico es que nos adentremos en la teoría opuesta; esto es, que analicemos las razones en las que se fundamenta la tesis afirmativa de la procedencia de la responsabilidad con relación al divorcio.

En primer lugar, debemos señalar que esta teoría, a la que nos adherimos, ha sido aceptada en forma mayoritaria por la doctrina. Entre los muchos autores que la respaldan podemos citar a Salas, Rébora, Acuña Anzorena, Colombo, Spota, Gustavino, López del Carril, Mazzinghi, D'Antonio y Mosset Iturraspe.

Así, por ejemplo, para Salas[1109] resulta indudable que el divorcio puede engendrar perjuicios materiales y morales graves para el cónyuge inocente. De igual forma, considera que el más somero examen de las causales de divorcio pone de manifiesto que, además de la violación de un deber legal, existe un autor consciente y responsable, por lo que si ocasiona un daño, ingresa en el concepto de acto ilícito. Destaca, también, que el divorcio constituye un remedio heroico, ya que, si soluciona —mal o bien— ciertos conflictos conyugales, causa muchos perjuicios que quedan sin reparar.

Colombo[1110] argumenta, al aceptar la procedencia de una indemnización, que no se trata de convertir el deshonor en dinero, sino de enmendar la ofensa producida y de suprimir los efectos de la antijuricidad. No es cuestión de lucro, sino de reparación, y pese a ser verdad que puede intentarse lucrar con la desgracia, lo mismo puede ocurrir en todos aquellos casos en los que se solicita un resarcimiento por daños.

[1109] Citado por Belluscio, Augusto y Eduardo Zannoni. *Op cit.*, pp. 19 y 20.
[1110] Citado por Barbero, Omar U. *Op cit.*, pp. 94 y 95.

Spota[1111] no ampara la existencia de una contradicción entre la pretensión resarcitoria y la regla moral. Afirma que no hay ninguna limitación legal a la responsabilidad aquiliana, y si hay daño material o el daño moral adviene, no se puede negar la posibilidad de su reparación.

Por su parte, Mosset Iturraspe[1112] sustenta su posición aduciendo que aunque el dinero no puede borrar el daño causado, y menos si se han lesionado las legítimas afecciones, servirá —en alguna medida— para compensar el menoscabo padecido. En todo caso, el afán de lucro, que tanto critican los que apoyan la tesis negativa, se combate con la exigencia de la prueba del daño cierto.

Podemos observar, con lo hasta aquí desarrollado, que la tesis favorable a la reparación cuenta con razones justificativas más sólidas que la doctrina negativa. Estas razones, ya esbozadas, se pueden sintetizar en una sola idea fundamental:

> La reparación del daño y, por ende, la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, procede en todos aquellos supuestos en los que se presenten los elementos de esta figura jurídica; independientemente de si corresponde o no al Derecho de Familia. Las características especiales de aquel Derecho matizarán esta responsabilidad, de modo que no sean incompatibles ni se desnaturalice ninguna relación, pero ello no implica, de manera alguna, su negación.

Muchos sistemas jurídicos han asumido este criterio favorable a la acción por daños derivados del divorcio. En Francia, la jurisprudencia ha venido aceptando esta tendencia desde el siglo XIX.

[1111] Citado por Belluscio, Augusto y Eduardo Zannoni. *Op. cit.*, p. 22.
[1112] Citado por Trigo Represas, Félix A. *Derecho de Daños. Op. cit.*, p. 642.

En Alemania, la doctrina y la jurisprudencia —a falta de un pronunciamiento expreso de su ley positiva— admiten la reparación cuando la falta del cónyuge culpable constituye a su vez una violación de principios generales de los hechos lícitos.[1113]

El artículo 1453 del Código Civil Griego de 1920 formula una respuesta similar:

> Artículo 1453.- «Si el hecho que ha constituido la causa del divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa a la persona del cónyuge no responsable, el tribunal puede, en la sentencia de divorcio, obligar a la parte que sea única responsable a pagar a la parte no responsable una suma de dinero en razón del daño moral».

Nuestro Código Civil de 1984, repitiendo casi a la letra lo que el Código Peruano de 1936 ya había señalado y que se basaba en el Código Suizo de 1911, dispone en su artículo 351 lo siguiente:

> Artículo 351.- «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».

Ahora bien, no podemos concluir el análisis precedente sin antes determinar si la responsabilidad civil por los daños relacionados al divorcio atiende a los hechos que provocaron la ruptura, a las causales en que se fundan, o al divorcio vincular en sí, con independencia de la gravedad de los hechos y causales.

Si partiéramos de la base de que la responsabilidad civil derivada del divorcio atiende solo a la configuración de alguna de las causales que dan origen al rompimiento del vínculo conyugal, nos encontraríamos dentro de una tesis positiva peligrosamente amplia. Ello, pues

[1113] Citado por Cifuentes, Santos. *Op. cit.*, p. 67.

significaría que sería suficiente probar que el otro cónyuge es culpable para que le sea imputable a este la obligación de indemnizar.

Consideramos tal interpretación incorrecta, para lo que nos basamos, en primer término, en la opción tomada por nuestro legislador, que al señalar la distinción entre culpable e inocente lo hace con una intención punitiva. Efectivamente, si prestamos atención a los artículos 350,[1114] 351 y 352[1115] de nuestro Código Civil, el empleo de aquella calificación tiene efectos de orden patrimonial en contra del cónyuge culpable, a quien se le sanciona con tales medidas.

Asunto distinto es el de la indemnización del daño que el divorcio haya podido causar y que se vincula con la concurrencia de los elementos esenciales que configuran la responsabilidad civil. No basta la declaración de inocencia o de culpabilidad sobre la base de alguna de las causales, sino que se deben analizar los hechos en los que tal cau-

[1114] Artículo 350.- «Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.
Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.
El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.
El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiere dado motivos para el divorcio.
Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias.
Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso».

[1115] Artículo 351.- «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».
Artículo 352.- «El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro».

sal se funda para determinar si existe o no un daño y, asimismo, si es imputable al cónyuge la obligación de reparar ese daño.

Como indica Trigo Represas:[1116]

> La declaración de inocencia y la contrapartida, la de culpabilidad del otro, es por sí un desagravio, con las sanciones propias de tal régimen, pero agregarle la de daños sería excesivo. Es decir, frente al divorcio y la declaración de inocencia, no hay bases comunes para sostener la aplicación de las normas de responsabilidad por daño moral y condenar a una satisfacción pecuniaria añadida a las que la ley contempla; pero otra cosa puede suceder en los hechos que llevan al divorcio, si esos hechos tienen una expansión y gravedad que por sí, al margen de la separación conyugal y de su disolución, entrañen un verdadero daño moral a la persona del cónyuge [...].
>
> [...] Cuando se agravien los derechos personalísimos del cónyuge inocente, es de toda justicia que se ampare los mismos aplicando las normas del Código Civil, pero teniendo en cuenta el juzgador la índole dolorosa y acentuada del ataque, que sobrepase la mera relación matrimonial, culpas y quiebras, porque en estos supuestos de gravedad se penetra en los dos regímenes, el matrimonial por un lado, con el divorcio como término final, y el daño a la persona, al margen del divorcio que no puede quedar impune.

No vemos oposición para que, además del daño moral señalado expresamente por la ley, pueda solicitarse la indemnización por daños patrimoniales.

Con respecto a la procedencia de la reparación por daños derivados del divorcio en sí, no encontramos motivos para negarla. Nuevamente sería cuestión de concordar las características del Derecho de Familia y las de la figura de la responsabilidad civil, probando la con-

[1116] Trigo Represas, Félix A. *Derecho de Daños. Op. cit.*, p. 569.

currencia de los elementos constitutivos de esta última, a la luz de los rasgos propios de las relaciones familiares.

27.13.2. Naturaleza de la responsabilidad civil derivada del divorcio

La tesis delineada corresponde, por tanto, a una teoría afirmativa no amplia, sino más bien restringida. Teniendo esto como premisa, dedicaremos las próximas páginas a reflexionar brevemente sobre la naturaleza de la responsabilidad civil que da cabida a la reparación, así como a los elementos esenciales que la configuran.

La relevancia de determinar si la responsabilidad es contractual o extracontractual, deriva de que los efectos no son los mismos, ni tampoco lo son las normas aplicables.

La naturaleza de la responsabilidad civil en los supuestos de daños planteados por el divorcio depende de la naturaleza jurídica que se le atribuya al matrimonio, pues de ello derivará que la violación de los deberes conyugales pertenezca o no al ámbito contractual.

Doctrinariamente se han esgrimido diversas interpretaciones en torno a la naturaleza del matrimonio, en las que se pueden observar, básicamente, dos direcciones distintas: La concepción del matrimonio-contrato y la del matrimonio-institución.

Así, la primera interpretación, esto es, la del matrimonio-contrato, se centra en la importancia del consentimiento para equiparar el matrimonio —aunque sin dejar de reconocer su relevancia— a la figura del contrato. La segunda, en cambio, parte de la idea de que si bien el consentimiento es la base del matrimonio válido, una vez establecido el matrimonio, queda también establecida entre las partes una relación que ellas no pueden cambiar.

Ambas concepciones, lejos de excluirse, se integran e informan la organización matrimonial como un acto jurídico familiar que pertenece al ámbito de lo jurídico público, ostentando un grave y absoluto interés social. Tales características, propias del Derecho de Familia, convierten la idea de contrato en un mero espejismo didáctico que pretende reforzar la importancia del consentimiento, pero que de ningún modo debe hacernos pensar que el matrimonio es solamente un acto jurídico en sentido estricto.

Más correcto es afirmar que el matrimonio, sobre la base de la concepción francesa, y a pesar de que implica la necesaria existencia de un acto jurídico fundacional, es un hecho jurídico, puesto que, no obstante la relevancia que posee la voluntad de los contrayentes, estos no determinan las reglas y consecuencias a las que se someten.

El acuerdo de voluntades entre los esposos no tiene por fin fijar las reglas a las que van a someter su unión, sino simplemente manifestar su acatamiento a las que la ley, por decisión del legislador, les señala de manera imperativa e ineludible. Falta, pues, en el matrimonio lo que es esencial en todo contrato: la facultad de los contratantes para establecer las reglas y obligaciones recíprocas y la extensión de las mismas.[1117]

De todo aquello se sigue que la responsabilidad civil aplicable es la extracontractual. Resta ahora revisar la concurrencia de sus presupuestos:

27.13.2.1. La antijuridicidad

Ya hemos manifestado que los hechos que constituyen causales de divorcio comprenden una gran variedad de conductas que, en su complejidad, conllevan las notas que definen comportamientos incompatibles con la vida comunitaria del matrimonio.

[1117] Barbero, Omar U. *Op. cit.*, p. 223.

Esos hechos son verdaderos actos ilícitos, en tanto son violatorios de los deberes legales que impone el matrimonio,[1118] y que como ya anotamos, autorizan al cónyuge ofendido para solicitar el divorcio relativo o el vincular por culpa de quien ha violado, dolosa o culposamente, esos deberes.

La Ley N.° 27495 modificó las causales del divorcio e introdujo la separación de hecho como una nueva causal. El artículo 333 del Código Civil Peruano de 1984 ha quedado redactado, entonces, como sigue:

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.

[1118] Nuestro ordenamiento jurídico se pronuncia sobre los deberes conyugales, disponiendo el Código Civil de 1984 lo siguiente:
Artículo 287.- «Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos».
Artículo 288.- «Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia».
Artículo 289.- «Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia».
Artículo 290.- «Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.
A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar».

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 o 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 comprobada 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. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio».

Como no constituye objeto de estas páginas hacer una explicación exhaustiva de cada causal, vamos a tomar como muestra tan solo un par de ellas: el adulterio y la separación de hecho.

(a) El adulterio

Entre los deberes conyugales destaca la fidelidad, que Roberto Brebbia[1119] define como la lealtad y observancia de la fe que los esposos se deben entre sí, y que constituye un bien de contenido netamente extrapatrimonial.

Al ser el adulterio el hecho más grave de violación de la fidelidad conyugal, el cónyuge que se sienta afectado podrá pedir la indemnización por el daño moral producido como consecuencia del hecho o los hechos violatorios de la fe conyugal.

Debe tenerse en cuenta, también, lo dispuesto por el artículo 336 del Código Civil:

Artículo 336.- «No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó.

La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción».

(b) La separación de hecho

Esta nueva causal que permite la disolución del vínculo matrimonial de manera unilateral y aduciendo, incluso, hecho propio, busca menguar —de algún modo— la concepción del divorcio como sanción. Así, mientras la separación personal y el divorcio, al menos en las causales señaladas entre los incisos 1 a 11 del artículo 333 del Código Civil, da pie a que uno de los cónyuges demuestre su inocencia original, no sucede lo mismo con la separación de hecho.

[1119] Brebbia, Roberto H. *El daño moral. Op. cit.*, p. 246.

Al igual que en el divorcio por mutuo consentimiento, no hay constancia alguna de culpa en los divorcios decretados sobre la base de la separación de hecho. Es decir, esta opción legislativa permite prescindir de la calificación de los comportamientos que llevaron a poner fin a la convivencia matrimonial o a la imposibilidad de continuarla manifestada por ambos esposos. Esto tiene importancia en cuanto a la posibilidad de que alguno de los divorciados demande el resarcimiento de daños sufridos.

Parece ilógico solicitar tal indemnización cuando el divorcio se da por acuerdo entre ambos cónyuges. No obstante, no sucede lo mismo si nos centramos en la separación de hecho.

La causal de divorcio por separación de hecho, invocando la propia causal que el cónyuge culpable ha generado, es decir aduciendo su propio dolo, —figura con la que no estamos de acuerdo por diferentes razones, siendo la principal de ellas la inseguridad e inestabilidad a la que expone a la institución matrimonial—, no implica necesariamente, a nuestro entender, que el cónyuge que se sienta perjudicado y pruebe el daño sufrido, así como los otros elementos propios de la responsabilidad civil, sea indemnizado.

De solicitarse la indemnización correspondiente en un supuesto de este tipo, deberá haber una valoración de los comportamientos conyugales, de modo que sea posible determinar si alguno de los esposos violó los deberes y las obligaciones conyugales.

A tal efecto resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 345 – A del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

Artículo 345-A.- «Indemnización en caso de perjuicio.

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 económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por 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°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes».

Según refiere Plácido:[1120]

> La causa adecuada se aprecia en la negativa injustificada de uno de los cónyuges de continuar o reanudar la cohabitación en el domicilio conyugal, sin que medien hechos imputables al otro que motiven tal estado; concurriendo, por tanto, como factor de atribución la culpa exclusiva de aquél.
>
> Téngase presente que para determinar la indemnización, primero se debe establecer la existencia, en el proceso de que se trate, del cónyuge perjudicado. De no ser así, no se configura el supuesto de hecho tipificado de responsabilidad civil familiar.

En efecto, a pesar de que esta causal legitima a que cualquiera de los cónyuges solicite la disolución del vínculo matrimonial de forma unilateral e incluso aduciendo, para ello, hechos propios, ello no supone negar que pueda ser admitida una demanda por daños y perjuicios, que implicará todo un proceso en que el juez deberá valorar las circunstancias del caso a fin de determinar si se configura la responsabilidad civil del demandado.

[1120] Plácido, Alex F. *Op. cit.*, pp. 124 y 125.

27.13.2.2. El daño[1121]

Otro elemento que no puede estar ausente es la existencia de un daño que derive de la conducta antijurídica del agente o causante. Ello implica que quien lo reclama haya sufrido un perjuicio.

Mientras los daños derivados del hecho ilícito constitutivo de la causal del divorcio son inmediatos, puesto que tienen una conexión causal de primer grado; los derivados del divorcio en sí son mediatos, ya que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto.

El daño patrimonial debe ser cierto, sin que sea suficiente el daño eventual. Esa certeza debe probarla, lógicamente, quien lo invoca. En lo concerniente al daño moral, este también debe cumplir con aquel requisito. Aun cuando sea posible presumirse como consecuencia del hecho ilícito, salvo demostración de una situación objetiva que lo ex-

[1121] En las «I Jornadas Australes de Derecho» (Argentina), Belluscio, Zannoni, Kemelmajer de Carlucci, Freytes y Méndez Costa sostuvieron lo siguiente respecto a los daños:

1. Son indemnizables los daños y perjuicios patrimoniales y morales que al cónyuge inocente irroga el divorcio. Se entiende por daños, tanto los derivados de los hechos o conductas constitutivas de la causal de divorcio, como los que provoca el divorcio mismo.
2. La indemnizabilidad del lucro cesante no comprende la reparación de perjuicios estimados sobre la base de los ingresos o la fortuna del cónyuge culpable, de lo que habría continuado participando el cónyuge inocente en el futuro si la unión matrimonial se hubiera mantenido.
3. Es indemnizable al cónyuge inocente el perjuicio cierto que provoca la liquidación anticipada de la sociedad conyugal.

cluya, parece que si no se trata del daño derivado del hecho ilícito en sí, sino del divorcio, requiere la demostración de las circunstancias que lo configuran.[1122]

Según expresa Plácido:[1123]

> Los daños causados son subjetivos con consecuencias personales como extrapersonales o patrimoniales. Las consecuencias personales están referidas al daño moral o la aflicción de los sentimientos, al daño al proyecto de vida matrimonial y, en no muy pocas ocasiones, se puede presentar el daño psicológico o pérdida, de diversa magnitud, del equilibrio psíquico que asume un carácter patológico.

El daño material o patrimonial, en la gran mayoría de los casos, será de menor entidad que el daño moral.

27.13.2.3. La imputabilidad

La conducta antijurídica que ha desencadenado un daño moral o uno patrimonial ha de ser imputable a su autor. Por la naturaleza de las relaciones matrimoniales y, en general, de todo el Derecho de Familia, sería absurdo plantear que el factor de atribución de la responsabilidad corresponda a un sistema distinto al subjetivo. ¿Cómo podríamos siquiera pretender ubicar a la responsabilidad civil derivada del divorcio dentro del sistema objetivo del riesgo creado?

No cabe, por tanto, otro sistema distinto al subjetivo y, por ende, es de aplicación el artículo 1969 del Código Civil.

Mosset Iturraspe[1124] no solo excluye la responsabilidad objetiva sino que, además, excluye la subjetiva por culpa; admitiendo de esa

[1122] Belluscio, Augusto y Eduardo Zannoni. *Op. cit.*, pp. 34 y 35.
[1123] Plácido, Alex F. *Op. cit.*, p. 124.
[1124] Citado por Trigo Represas, Félix A. *Derecho de Daños. Op. cit.*, p. 656.

manera solo el dolo como factor de atribución de la responsabilidad. Afirma que los hechos antijurídicos que corresponden a las causales de divorcio son conductas queridas y deseadas por su autor y no simples descuidos o abandonos en el obrar.

Belluscio y Zannoni,[1125] en cambio, admiten excepcionalmente, al igual que Barbero, las acciones culposas no dolosas. Como ejemplo mencionan las injurias dichas sin *animus in iuriandi*, pero que suponen conductas que son incompatibles con los deberes conyugales.

Así como debe tenerse en cuenta la existencia del dolo y de la culpa, también es imprescindible fijar el mayor o menor grado de uno o de otro. Este elemento, junto con la gravedad del daño causado —analizado sobre la base de las circunstancias que le sirven de contexto—, no puede ser pasado por alto por el juzgador que debe procurar, en cada momento, armonizar los principios generales de la figura de la responsabilidad civil, con los rasgos peculiares de la vida de pareja.

Lo difícil y complejo de las relaciones conyugales determina, por consiguiente, la necesidad de adecuar la culpa y el dolo a situaciones graves, que no solo comporten la violación de los deberes matrimoniales y un daño correlativo. Será, entonces, labor del juez determinar si en el caso concreto, además de la sentencia del divorcio y de sus consecuentes efectos punitorios —si se trata de un divorcio por culpa de uno de los cónyuges—, el cónyuge inocente debe ser resarcido.

27.13.3. A modo de conclusión

Por todo lo indicado, podemos concluir afirmando que carece de sentido negar la posibilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil extracontractual a los supuestos en los que, por situaciones

[1125] Belluscio, Augusto y Eduardo Zannoni. *Op. cit.*, p. 28.

relacionadas al divorcio, ya sea por ser hechos que lo desencadenan o consecuencias del mismo, se configuran los presupuestos de esta figura.

El no admitir la procedencia de una acción indemnizatoria por considerarla ajena al orden moral que está implícito en las relaciones de familia, no es otra cosa que una contradicción. La verdadera inmoralidad es esquivar la reparación del daño causado y dejar, por ende, una víctima, no solo del agente causante, sino también del sistema.

Es imprescindible, asimismo, delimitar adecuadamente los alcances de la responsabilidad civil extracontractual que puedan derivarse 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 se 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.

Según expresan Alterini y López Cabana:[1126]

> El Derecho común legitima los daños que resultan del ejercicio regular de un derecho; excluye el resarcimiento de otros; suele exigir factores de atribución especiales para darle lugar; no le es extraño ponderar la situación particular del llamado a responder, y la de quien se dice damnificado.
>
> La regulación de la responsabilidad en las relaciones de familia no se puede desentender de estos conceptos genéricos. Pero, todavía, ella está incidida por conceptos como el de la denominada solidaridad familiar, que de alguna manera funde los destinos de sus miembros, o el de la designada como piedad filial. Y, fundamentalmente, es preciso no someter la relación varón-mujer a temores y amenazas crematísticas que, en definitiva, terminen desalentándola; este desaliento es alarmante, porque podría llegar a poner en crisis a la familia como núcleo social.

[1126] Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Derechos de Daños y otros estudios*. *Op. cit.*, p. 244.

De ello se deduce lo que hemos venido repitiendo a lo largo de estas páginas: No puede optarse por una aplicación indiscriminada de la responsabilidad civil en supuestos que involucren relaciones familiares; deben tenerse en cuenta los rasgos particulares de aquellas, al momento de valorar los hechos del caso concreto y los elementos de esta figura. No podemos olvidar la trascendencia de los valores y las instituciones que están en juego.

27.14. Responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos

Por regla general, es responsable quien causa un daño a otro, siendo tal responsabilidad personal. Sin embargo, hay situaciones en las que el sistema jurídico —guiado por las necesidades que imponen las propias circunstancias— ha optado por imputar a una persona las consecuencias jurídicas dañosas de un hecho del cual no es autora. La sistemática general del ordenamiento jurídico se encarga de dar las pautas para que ello ocurra.

Ahora bien, como hemos podido observar en el Capítulo relativo a la responsabilidad civil derivada del divorcio, las relaciones familiares constituyen un tema complejo que otorga matices especiales a la evaluación y valoración de los supuestos que conllevan el nacimiento de la responsabilidad civil. Las especiales características del Derecho

de Familia hacen inevitable que el análisis de los diferentes casos que se presenten en la realidad tenga como premisa la armonización de los intereses superiores que resguarda en su seno la institución de la familia.

En este orden de ideas, consideramos relevante estudiar el tema de la responsabilidad de los padres, por los hechos de sus hijos menores, materia compleja que conjuga ambos escenarios y que ha dado lugar a innumerables discusiones doctrinales.

27.14.1. Breve reseña histórica

Empecemos por decir que la responsabilidad por el hecho de otro es una idea muy antigua e íntimamente vinculada a una época en que la conciencia de grupo se encontraba fuertemente acentuada.

Así, pese a que en nuestros días no se discute el carácter individual de la responsabilidad civil del padre que ejerce la patria potestad del menor que causa un daño injusto, en épocas primitivas existió una verdadera responsabilidad colectiva que, acorde con el pensamiento y la ideología que imperaba entonces, concebía la existencia de un patrimonio familiar destinado a solventar las deudas y obligaciones familiares.

La organización familiar y social de aquellos tiempos se sustentaba en la solidaridad y la unidad que reconocía a la familia como un todo, que absorbía a sus miembros al punto de restarles por completo su individualidad. A partir de esa visión extrema se comprendió que, producida una ofensa, la responsabilidad de ella derivada se transmitía a todos y cada uno de los miembros de la familia, que quedaban expuestos a la venganza del grupo al cual pertenecía la víctima.

No obstante, en un determinado momento histórico, se empieza a permitir la entrega o abandono del ofensor como único medio de

sustraerse de la venganza. Al resquebrajarse el vínculo de la solidaridad, la responsabilidad cambió su naturaleza, transformándose de colectiva o política en individual o jurídica.[1127]

Cabe señalar que la responsabilidad colectiva en materia de familia no fue extraña en Roma. Los germanos, asimismo, concibieron una responsabilidad familiar colectiva basada en la solidaridad. Es más, incluso en la Edad Media es posible encontrar rezagos de este tipo de responsabilidad. Sin embargo, aquella fue desvaneciéndose poco a poco, a la par que la organización familiar empezaba a debilitarse y el individualismo se erigía como protagonista de una nueva era.

Ahora bien, entendida desde el individualismo, la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores no se encuentra exenta de discusiones y debates, lo cual ha determinado no solo diversas explicaciones en torno a su fundamento, sino también con respecto a su extensión.

De Aguiar[1128] comenta que en un principio esa responsabilidad fue entendida de modo benigno, llegándose a imputar la misma solo en los casos en que el padre de familia había procedido negligente o dolosamente, permitiendo a su hijo manipular armas o instrumentos peligrosos, correr por los campos o entregarse a la ociosidad. Posteriormente los tribunales optaron por encarar con mayor severidad la responsabilidad de los padres, contemplando la misma en distintos supuestos en los que la falta de vigilancia y atención requeridas por

---

[1127] Kemelmajer De Carlucci, Aída. «Responsabilidad Civil de los Padres por los Daños Causados por sus Hijos Menores». En: *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia.* Buenos Aires: Hammurabi, 1983.

[1128] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 153.

las circunstancias se manifestaba como fundamento de la atribución, a saber:

- No impedir el consumo de bebidas alcohólicas a menores o personas atacadas de alcoholismo.
- Dejar materiales inflamables al alcance de menores afectados de piromanía.
- No vigilar o hacer internar a débiles de espíritu en ciertas circunstancias.
- Permitir que los menores jueguen con armas o artefactos peligrosos o, aun peor, proporcionárselos para ese fin.
- Permitir excursiones a lugares donde existan cables de alta tensión sin vigilancia.
- Permitir la ascensión de montañas a menores sin guías oficiales.

27.14.2. Fundamento de la responsabilidad

Esta breve reseña permite apreciar que la manera en que actualmente es regulada la responsabilidad civil por el hecho de los hijos menores, obedece a todo un proceso evolutivo en cuanto a la concepción misma de la familia y de la organización social. Como dijimos, los debates a los que ha dado lugar no son pocos, destacándose las discusiones en lo referente a su fundamento; ello, al punto que aún hoy no se ha alcanzado una postura uniforme.

Tradicionalmente, se ha tomado como base la culpa de los padres, aunque en los últimos años esa tendencia subjetiva se ha ido objetivando en cierta medida con la idea de garantía legal. Así, la doctrina suele agrupar en tres categorías a las distintas tesis que sobre este tema se han elaborado:

- Teorías subjetivas.
- Teoría del fundamento económico.
- Teoría de la responsabilidad emanada de la autoridad de los padres.

A decir verdad, estas posiciones tienen un elemento en común, en tanto todas ellas parten, en menor o mayor grado, de la noción de patria potestad y de los alcances de aquella en cuanto a las facultades y deberes que otorga a los padres.

Resulta conveniente, en ese sentido, recordar que la patria potestad ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento jurídico actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, que en el Derecho Romano primitivo era considerado como propietario de sus hijos, a configurarse como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir determinados deberes y obligaciones que la ley impone a los padres.[1129]

[1129] Esta es la orientación seguida por nuestro ordenamiento jurídico. Así, en el Código Civil de 1984 se establece lo siguiente:
Artículo 235.- «Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.
Todos los hijos tienen iguales derechos».
Artículo 454.- «Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres».
Artículo 423.- «Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:
1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.

En tal dirección Borda[1130] define la naturaleza de las potestades que integran la autoridad paterna como compleja, sosteniendo que ordinariamente asumen a la vez la condición de derechos y deberes: «Educar un hijo, vivir a su lado, plasmar su espíritu, cuidar de su persona y sus bienes, constituye para un padre normal la fuente de las más perdurables satisfacciones y alegrías. Al atribuirle estas potestades, la ley le reconoce un derecho natural, pero le impone al mismo tiempo su cumplimiento como una obligación. Se conjugan así el interés paterno con el familiar y social, dando origen a esta categoría de derechos-deberes, que caracterizan la institución».[1131]

6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos, se está a lo dispuesto en el artículo 1004».

Por su parte el Código de los Niños y Adolescentes adopta el mismo criterio, como se infiere de su artículo 74:

Artículo 74.- «Deberes y derechos de los padres.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

a) Velar por su desarrollo integral;
b) Proveer su sostenimiento y educación;
c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;
d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente.
Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;
e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; e
i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil».

[1130] Borda, Guillermo A. *Manual de Familia.* Buenos Aires: Editorial Perrot, 1975, pp. 318 y 319.

[1131] La doctrina en general ha seguido esa misma perspectiva, definiendo la patria potestad como el conjunto de facultades —derechos y deberes— que tienen los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos, como medio para procurar su asistencia y formación física e intelectual durante su minoría de edad.
Y la jurisprudencia mantiene, en esencia, el mismo concepto, considerándola como una constelación de facultades y deberes íntimamente unidos, con función tuitiva en beneficio del hijo, para lograr su adecuada formación o educación moral.
En este orden de ideas se reconocen —al menos— tres caracteres de la patria potestad: 1. Su irrenunciabilidad; 2. Su intransmisibilidad; y 3. Su imprescriptibilidad.

27.14.2.1. Teorías subjetivas

En esta categoría se encuentran ubicadas las tesis de la culpa *in vigilando,* de la culpa en la educación y la de ambas culpas acumuladas, las cuales analizaremos a continuación. Todas estas posturas parten de una presunción, en virtud de la cual se entiende que los padres han transgredido sus deberes —sean estos de vigilancia, de educación o de vigilancia y educación—, de donde se sigue que los progenitores estarían respondiendo por sus propias culpas.

De esta forma, el eje central de las posturas enmarcadas dentro de esta corriente es la presunción *iuris tantum* de la culpa de los padres por los daños que sus hijos menores que estén bajo su cuidado hayan ocasionado; presunción que al permitir prueba en contrario empeora aún más la posición de la víctima.

27.14.2.1.1. Teoría de la culpa in vigilando

Esta teoría propone como fundamento de la responsabilidad de los padres la idea de que la patria potestad impone a estos obligaciones no solo con respecto al hijo, sino también con relación a terceros, de modo que los padres se encuentran obligados a impedir, mediante una adecuada vigilancia, que los hijos causen daños. De allí se deriva que en los supuestos en los que efectivamente la conducta de los hijos haya producido daños, se presume que los padres no han cumplido con su deber de vigilancia. Esta presunción, aseguran algunos au-

tores, no es ajena a la noción de equidad, pues, al fin y al cabo, con esta solución se busca favorecer la posición procesal de la víctima que, en la mayoría de casos, no conoce a los padres y no tiene forma de probar si estos han cumplido o no con su deber de vigilancia.

De estas afirmaciones se desprende que la responsabilidad del padre por los actos de sus hijos se aplica a todos y cada uno de los actos ilícitos que estos practiquen. Ello, en tanto el deber de vigilancia que les incumbe es universal.[1132]

Sin embargo, esta doctrina no se encuentra exenta de críticas que desvirtúan la solidez de sus argumentos.

En principio, y tal como indicamos anteriormente, se ha señalado —con acierto— que basar la responsabilidad de los padres en la culpa supone admitir que están respondiendo por su propio hecho, por su propia falta y por el hecho de otro. Ello, incluso, podría llevar a sostener que la ley presume un nexo de causalidad adecuada entre la conducta del padre —su falta de vigilancia— y el evento dañoso.

Ello ha llevado a Kemelmajer de Carlucci y Parellada a sostener lo siguiente:[1133] «Sin embargo, en muchas ocasiones ese presunto nexo causal no existe y en otras es muy impreciso o difícilmente demostrable pues la conducta del responsable no es siempre el antecedente necesario del daño; la presunción sería una mera ficción que no responde generalmente a la realidad».

Justamente en esta falta de coherencia entre lo que se presume y lo que efectivamente ocurre se centra la segunda crítica.

[1132] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 159.

[1133] Kemelmajer De Carlucci, Aída y Carlos Parellada. «La responsabilidad por el hecho de otro». En: *Responsabilidad por Daños. Op. cit.*, p. 356.

Compartiendo la opinión de Aída Kemelmajer de Carlucci y Carlos Parellada,[1134] podemos agregar que esta tesis no responde a la realidad de nuestros días, la misma que impone a los padres una educación del hijo fundada en la libertad. Así, pese a que esta posición pudo justificarse en otras épocas, admitirla hoy equivaldría a aceptar una ficción que la conducta autónoma de los jóvenes hace insostenible. No es pues realista basar la responsabilidad de los padres en un reproche moral por la falta de vigilancia permanente de sus hijos.

27.14.2.1.2. Teoría de la culpa en la educación

Esta posición, al igual que la anterior, se funda en la presunción de que el padre ha incumplido uno de sus deberes; en este caso, el de inculcar a sus hijos el respeto hacia las demás personas y sus bienes, o por no haberlos corregido.

Adherirse a esta postura implica aceptar una presunción legal de mala educación, lo que, sin dudas, genera serios cuestionamientos, pues —como regla general— los hechos no justifican semejante presunción. Más aun si tomamos en cuenta las palabras de Salas.

Este renombrado jurista argentino asegura que la deficiente educación es más una consecuencia de la falta de vigilancia activa que se exige al padre, que el fundamento de la responsabilidad establecida en contra suya. Afirma que si la mala educación fuera su razón, entonces la responsabilidad paterna debería extenderse más allá de la minoridad, ya que sus efectos se proyectan igualmente sobre su conducta ulterior en tanto es a través de la educación que se moldea el carácter del hijo.[1135]

[1134] Kemelmajer De Carlucci, Aída y Carlos Parellada. *Op. cit.*, p. 357.

[1135] Citado por Kemelmajer De Carlucci, Aída. «Responsabilidad Civil de los Padres por los Daños Causados por sus Hijos Menores». En: *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia. Op. cit.*, p. 137.

Podemos complementar la idea expuesta por Salas recordando que la mayoría de edad libera a los padres en la medida que confiere al individuo plena capacidad para convertirlo en responsable de sus propios actos, lo que a su vez nos permite adelantar una idea que luego desarrollaremos: La responsabilidad de los padres más que de la culpa, deriva de la patria potestad misma.

A los cuestionamientos precedentes podemos agregar que esta teoría no logra explicar por qué la no convivencia podría eximir al padre cuando, en realidad, la misma no es sinónimo de alteración alguna en la educación.

Igualmente, empleando la misma lectura con la que rechazamos la culpa *in vigilando,* debemos resaltar que aun admitiendo el influjo negativo de una mala educación sobre la personalidad del menor, resulta tremendamente difícil observar si aquella es o no un antecedente determinado del hecho ilícito, por lo que sería necesario recurrir a la doctrina de la causa *sine qua non* hoy abandonada.[1136]

27.14.2.1.3. Teoría de ambas culpas acumuladas

Esta posición ha sido asumida por un sector muy amplio de autores, prevaleciendo en países como Argentina. Básicamente se parte de la premisa de que ambas culpas no son excluyentes, por lo que la responsabilidad se sustenta en la infracción a los deberes de buena educación y de vigilancia.

Como indica Kemelmajer de Carlucci:[1137]

> En realidad existe entre la vigilancia y la educación una relación inversamente proporcional. Ha dicho Borrell Macía que a medida que la educación se va cumpliendo puede disminuir la vigilancia porque ésta no es sino un complemento de la primera. El niño viene a este mundo en una situación tal que le impide valerse por sí mismo; pero a medida que se desarrolla física y moralmente, va siendo dueño de sus actos y va adquiriendo una responsabilidad que disminuye a su vez la de los padres. Es indudable que la vigilancia que se ejerce sobre un niño de tres años no es la misma que la que se realiza sobre quien ya ha cumplido los veinte. Por eso se ha resuelto que la atención de los padres debe ser proporcional a la edad de los incapaces, a su discernimiento, a su desarrollo intelectual.

[1136] Kemelmajer De Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 138.
[1137] Kemelmajer De Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 139.

Bajo esta perspectiva, entonces, se entiende que la responsabilidad paterna involucra deberes de dos órdenes; esto es, el de asistencia y el de vigilancia, cuyo incumplimiento real o presunto es el que posibilita el nacimiento de la obligación de reparar que se le imputa.

De Aguiar[1138] explica tales deberes aduciendo que el de asistencia abarca tanto un aspecto material como uno moral. Mientras el primero se traduce en la satisfacción de necesidades económicas, el segundo comprende la instrucción y educación, esta última, en su más amplio sentido, lo que incluye, por tanto, la obligación de proporcionar al menor, al lado de la prestación de conocimientos compatibles con sus aptitudes y situación social, y con los recursos del padre, el clima necesario para su saludable desenvolvimiento moral, inclusive con el buen ejemplo. En cuanto al deber de vigilancia, el citado profesor asegura que es el complemento de la obra educativa y, por consiguiente, será más o menos necesaria, conforme se desempeñe el padre en cuanto a su deber de educación.

Esta teoría ha recibido las mismas críticas que las posiciones anteriores, por lo que optamos por remitirnos a ellas.

[1138] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo II, p. 157.

27.14.2.2. Teoría del fundamento económico

Esta postura parte de la convicción de que la responsabilidad se ha instaurado para satisfacer el interés del damnificado, debiendo facilitarse la acción de la víctima.

Tal convicción sintetiza el eje sobre el cual se construyen las nuevas tendencias que buscan explicar a la responsabilidad civil. Como señala De Trazegnies,[1139]

> la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro u otros individuos. Los autores coinciden en que la moderna responsabilidad extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable [...]; pero el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca un castigo o no.

Esta premisa, unida al hecho de que, en general, los menores no poseen bienes para responder por los daños que causen, determinaría la responsabilidad de los padres.

Debemos recalcar que dicha tesis tampoco ha podido evitar las críticas. Llambías,[1140] por ejemplo, ha cuestionado esta posición aduciendo que las relaciones económicas no pueden tomarse como prioridad en desmedro de la justicia que es un valor más excelso. Asegura con ello que no puede aprobarse que para atender a una preocupación económica se pueda lastimar a un inocente, imponiéndole la obligación de reparar un daño del que ha sido ajeno.

[1139] De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo I, p. 47.

[1140] Citado por Kemelmajer De Carlucci, Aída y Carlos Parellada. *Op. cit.*, p. 140.

Otros autores han optado por afirmar que esta tesis no explica suficientemente la razón por la cual los padres solo responden durante la minoridad, ni tampoco por qué tienen el deber de reparar incluso en los casos en que el hijo tenga bienes propios. Concluyen esta reflexión, asumiendo que esta teoría —a lo sumo— podría justificar una responsabilidad subsidiaria.[1141]

Al margen de estas consideraciones que no dejan de ser válidas, debemos admitir que esta teoría —según la cual lo que se busca es la necesaria protección de la víctima— se ubica dentro de las actuales tendencias del Derecho de Daños y, por ende, no puede desligarse del análisis que sobre el tema se realice.

27.14.2.3. Teoría del ejercicio de la patria potestad

Esta tesis, a diferencia de las teorías subjetivas que hemos analizado, funda la responsabilidad de los padres no en los deberes de buena educación y vigilancia, propiamente, sino en la patria potestad en sí misma. Bajo esta perspectiva, entonces, la responsabilidad de los padres encuentra su sustento en el Derecho de Familia.

A decir de Nora Llovera:[1142]

> Se afirma que el incumplimiento de los deberes de orden público que impone la patria potestad es el origen de la responsabilidad de los padres, deberes que se consideran inobservados frente a los daños causados por los hijos menores [...].

[1141] Kemelmajer De Carlucci, Aída y Carlos Parellada. *Op. cit.*, p. 358.

[1142] Llovera, Nora. «La Responsabilidad Civil de los Padres por los Daños Causados por sus Hijos Menores». En: *Temas de Responsabilidad Civil. En Honor al Doctor Augusto M. Morello.* La Plata: Platense, 1981, pp. 127 y ss.

Agudamente, Mosset Iturraspe agrega que esta responsabilidad en contra de los padres no se encuentra fundada en culpas —las más de veces inexistentes— sino en el hecho de la paternidad, con todo lo que ello conlleva, responsabilidad que debe ser, dentro de su perspectiva, inexcusable.

Bueres,[1143] de manera similar, opta por calificar la responsabilidad de los padres como sustancialmente jurídica. Así, el citado profesor argumenta que la responsabilidad de los padres se funda en un reproche social al daño ocasionado por el hijo menor, más que por la inconducta en la educación, formación y vigilancia del mismo.

Kemelmajer de Carlucci[1144] ha resaltado las virtudes de esta tesis centrada en la patria potestad, aduciendo que —a diferencia de las teorías precedentes— ella sí logra explicar satisfactoriamente porque solo se responde durante la minoridad, ya que el padre se libera cuando ha perdido la patria potestad o su ejercicio por hechos que no le son imputables. Asimismo, nos permite entender a la responsabilidad, no como una sanción al mal ejercicio de la patria potestad, sino como una consecuencia de la condición de padre, lo que vendría a constituir el hilo conductor del deber de reparar.

Por nuestra parte, pensamos que esta es la tesis más acorde con las nuevas tendencias de la responsabilidad civil, toda vez que al centrar la responsabilidad en la patria potestad se le despoja de los elementos subjetivos que implican trabas para la víctima en su búsqueda de resarcimiento. Los padres no responden por haber actuado con culpa; responden por su condición misma de padres, la que le confiere todo un abanico de derechos y deberes.

[1143] Bueres, Alberto J. *El Acto Ilícito*. Buenos Aires: Hammurabi, 1986, pp. 69 y 70.
[1144] Kemelmajer De Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 141.

27.14.3. Requisitos para poder atribuir la responsabilidad a los padres

Ahora bien, para poder imputar la responsabilidad a los padres es preciso que se cumplan una serie de requisitos, los mismos que hemos agrupado en dos:

27.14.3.1. Ejercicio de la patria potestad

Sourdat observó con claridad que la patria potestad es la que inspira la responsabilidad de los padres, pues es ella la que confiere a los padres el derecho y el deber de velar constantemente por sus hijos, mientras ellos no sean capaces de dirigir sus acciones.

Siguiendo el pensamiento de De Aguiar,[1145] se puede decir que la vigilancia de los padres, aunque continua, general y permanente, se encuentra sujeta a las posibilidades humanas, por lo que la presunción contra ellos no puede desconocer de que al ser tan ampliamente exigida, se hace cada vez más difícil.

Según el citado profesor: «No debe, pues, subordinarse a un criterio absoluto y abstracto, que signifique, por ejemplo, la vigilancia de todos los instantes con descuido de las actividades y deberes del jefe de familia, como no se puede dejar de atender a las circunstancias sociales y económicas de la familia. Una vigilancia tal que importase la prohibición de cualquier otra actividad, sería contradictoria con el propio deber de sustentar a la prole, principal obligación del padre».

Podemos inferir, en consecuencia, que uno de los motivos que el padre o la madre puede argumentar para eximirse de la responsabilidad es el haber perdido justificadamente el poder de dirección sobre el menor, o en términos más estrictos, no ejercer la patria potestad respecto del mismo.[1146]

[1145] De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo II, pp. 160 y 161.
[1146] Ello implica tomar en consideración lo dispuesto en el Código de los Niños y los

Conforme a lo desarrollado, que en términos generales vincula la responsabilidad atribuible a los padres con el ejercicio de la patria potestad, debemos señalar que resulta consecuencia natural que cuando los hijos cumplen la mayoría de edad —en aplicación del inciso tercero del artículo 461 del Código Civil, que señala que la patria potestad se extingue cuando el hijo cumple los dieciocho años— ya no se podría imputar responsabilidad a los padres.[1147]

La minoridad del hijo al momento de cometer el hecho ilícito que da lugar a la obligación de reparar es, entonces, más que relevante. Sin embargo, no solo se trata de una cuestión cronológica, en la medida que existen supuestos en los que, a pesar de que el hijo aún no cumple los dieciocho años, ya no se encuentra bajo la patria potestad de sus padres.

Este sería el caso del menor emancipado que responde con todos sus bienes por los daños que ha producido. Asimismo el del menor que trabaja o que ejerce profesión, pues de causar algún daño cuyo origen guarda relación con el ejercicio de la actividad laboral o profesional, el padre no tiene por qué responder.

Resulta imprescindible, en este punto, hacer mención del artículo 458 del Código Civil. En este numeral se establece que el menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa por sus actos ilícitos.

No pensamos que ese precepto implique que solo en los casos en los que el menor no tenga discernimiento responderán los padres ante la víctima. En este sentido compartimos el razonamiento de Llambías al entender que, en líneas generales, es posible distinguir la responsabilidad de los padres en directa o refleja de acuerdo a la edad del menor.

Adolescentes:
Artículo 75.- «Suspensión de la Patria Potestad.- La Patria Potestad se suspende en los siguientes casos:
a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;
b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;
c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;
d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;
e) Por maltratarlos física o mentalmente;
f) Por negarse a prestarles alimentos;
g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 del Código Civil».
Artículo 76.- «Vigencia de la Patria Potestad.- En los casos de separación convencional y divorcio ulterior, ninguno de los padres queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad».
Artículo 77.- «Extinción o pérdida de la Patria Potestad.- La Patria Potestad se extingue o pierde:
a) Por muerte de los padres o del hijo;
b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad;
c) Por declaración judicial de abandono;
d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos;
e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo 75; y,
f) Por cesar la incapacidad del hijo, conforme al artículo 46 del Código Civil».
Artículo 78.- «Restitución de la Patria Potestad.- Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva.
El Juez especializado debe evaluar la conveniencia de la restitución de la Patria Potestad en razón del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente».
Artículo 79.- «Petición de suspensión o pérdida de la Patria Potestad.- Los padres, ascendientes, hermanos, responsables o cualquier persona que tenga legítimo interés pueden pedir la suspensión o la pérdida de la Patria Potestad».
Artículo 80.- «Facultad del Juez.- El Juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público.
El Juez fijará en la sentencia la pensión de alimentos con que debe acudir el obligado. Cuando el niño o el adolescente tienen bienes propios, el Juez procederá según las normas contenidas en el Código Civil».

[1147] Salvo, por supuesto, los casos en que la misma se mantenga debido a que el hijo, a pesar de ser mayor de edad, no pueda valerse de sí mismo por falta de capacidad.

Si bien esta teoría no ha sido desarrollada de manera exhaustiva por la doctrina, aceptar esta diferenciación parece ser lo más indicado si atendemos a la premisa que sustenta nuestro análisis: la responsabilidad civil de los padres deriva de la patria potestad y el objetivo perseguido por la institución de la responsabilidad es el de indemnizar a la víctima y resarcirla del daño injusto que ha sufrido.

Coincidimos con lo expresado por Llambías.[1148] Entendemos que cuando el hijo tiene menos de un determinado número de años (que Llambías establece arbitrariamente —y en criterio por demás discutible— en diez) y, por ende, se considera que aún no posee discernimiento, la responsabilidad del padre se asemeja a la que emana del hecho propio. En este supuesto dicha responsabilidad puede calificarse más que como directa, como refleja impropia, en la medida que el hecho no emana de la voluntad de los padres, pero, al mismo tiempo, no es obra consciente de quien lo realizó materialmente.

En cambio, la responsabilidad de los padres es refleja cuando su hijo es mayor de diez años y, por ende, existe una dualidad de responsabilidades, alcanzando a quien tiene la patria potestad, que responde por el hecho ajeno. Así, en estos supuestos padre e hijo serían responsables solidarios frente a la víctima.

La teoría o interpretación esbozada se adecúa al contenido de los artículos 1975 y 1976 del Código Civil Peruano, cuyos textos le sirven de sustento:

> Artículo 1975.- «La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable».

[1148] Citado por Kemelmajer De Carlucci, Aída y Carlos Parellada. *Op. cit.*, pp. 158 y 159.

> Artículo 1976.- «No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal».

27.14.3.2. Derecho de la víctima

El segundo requisito para que la responsabilidad de los padres pueda nacer es que concurran los elementos que originan el derecho de la víctima de reclamar una reparación.

Así, el padre responde por el hecho de su hijo en la medida que:

(a) El hecho del menor sea antijurídico, esto es, contrario al ordenamiento jurídico.

(b) El menor haya actuado culposa o dolosamente.

Como indican Kemelmajer de Carlucci y Parellada:[1149]

> Cuando se trata de hechos puramente personales del menor, se requiere la prueba de su culpabilidad; pero si en la producción del daño han intervenido cosas de propiedad del menor, rigen respecto de éste las presunciones de culpa y de responsabilidad; el menor se libera con la prueba de su no culpa (daño con las cosas) o de la causa ajena (daño derivado del riesgo o vicio de la cosa). Así, los padres se eximen probando que no se configura el factor de atribución respecto de su hijo.

(c) Ese comportamiento antijurídico y culposo o doloso, haya causado un daño a un tercero.

[1149] Kemelmajer De Carlucci, Aída y Carlos Parellada. *Op. cit.*, p. 352.

27.14.4. Conclusiones

A manera de síntesis, podemos decir que cuando se nos imputa responsabilidad por los daños causados por otro, primero debemos determinar si la persona por la cual respondemos realmente actuó de forma culposa o negligente y, en segundo lugar, debemos asegurarnos de que estamos entre las personas que en nuestro ordenamiento jurídico son llamados a responder por las actuaciones de otros.

Lo cierto es que nadie puede causar un daño injusto sin repararlo. Igualmente, nadie que tiene a una persona bajo su autoridad puede dejar de reparar el daño que tal sujeto cause. El padre tiene al hijo bajo su autoridad, actuando y debiendo actuar con esa autoridad que la ley le ha conferido a través de un conjunto de derechos y deberes que se reúnen en la institución de la patria potestad. El deber de garantía del padre consiste en asegurar a los miembros de la sociedad, que su hijo no va a causar daños y, si los causare, que estos serán reparados.[1150]

Respecto al factor de atribución, las palabras de De Trazegnies[1151] —aunque enfoca el tema de la responsabilidad de los representantes legales de los incapaces, en sentido amplio— resultan más que expresivas: «Hay quienes, tratando de mantenerse dentro del marco de la *culpa in vigilando*, han sostenido que, respecto de los representantes legales, funciona una presunción *iuris et de iure* de culpa; por lo que debe considerárseles siempre como culpables. Pero esto es una ficción que quiebra todo el sistema de la culpa y simplemente disfraza una tentación objetivista que no quiere confesarse. Decir que todo representante legal de un incapaz es culpable por defecto de vigilancia sin posibilidad de probar en contrario es simplemente decir que es responsable objetivamente».

[1150] Llovera, Nora. *Op. cit.*, p. 135.

[1151] De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, tomo I, pp. 449 y 450.

En todo caso, hay que tener presentes los requisitos observados, especialmente la edad del menor, pues dependiendo de ello estaremos frente a una responsabilidad por el hecho ajeno —si el menor tiene discernimiento— o una suerte de responsabilidad refleja impropia —cuando el menor aún no cuenta con discernimiento—.

27.15. Responsabilidad civil del padre derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial

La filiación es un tema que atañe tanto al derecho como a la esencia misma de la persona, pues se refiere de manera directa a su identidad. De allí que sea un asunto que ha preocupado a la humanidad en todos los tiempos y épocas.

Este tema constituye uno de los más antiguos y palpitantes problemas en el ámbito jurídico. Los principios de solidaridad familiar que se hallan presentes en los vínculos entre padres e hijos y que generan un haz de derechos, se ven resquebrajados en aquellos casos en los que un padre o una madre omite reconocer a su hijo.

De esa falta de reconocimiento se derivan, como veremos más adelante, daños injustos que como tales deben ser indemnizados. Así, en lo que a filiación natural se refiere, pueden configurarse supuestos de hecho que tengan como consecuencia la imputación de responsabilidad civil extracontractual al padre o a la madre que no brindan reconocimiento voluntario a sus hijos. Incluso puede surgir del actuar de la madre que, aun reconociendo a su hijo, sea reticente al reconocimiento por parte del padre con los consecuentes perjuicios para el menor.[1152]

[1152] Sobre este tema cabe destacar lo señalado por Claudia R. Carrasco Alarcos:
«La madre es la única persona capaz de conocer la exactitud de la realidad biológica de su hijo, por consiguiente es quien sabe a ciencia cierta quién es el padre del niño que ha concebido. El vínculo materno es prácticamente innegable y sólo en casos muy especiales podrá ponerse en tela de juicio.

A decir de Claudia Carrasco Alarcos:[1153]

> Cuando hablamos de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Nacional sino también en tratados internacionales o incluso en el Código Civil. Aunque socialmente siempre sea más sancionado un padre que se ausenta de sus deberes como tal, no debemos perder de vista situaciones como las expuestas con respecto a la madre.

Ambos son padres y, por ende, ambos deben responder por los daños que ocasionen a su hijo como consecuencia de un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico y cuando no exista una razón jurídicamente relevante que los justifique.

Cuando el actuar de la madre consiste en la omisión de comunicar al padre la concepción y el posterior nacimiento, éste no podrá efectuar el reconocimiento por ignorancia de la situación y esa responsabilidad que no podrá aplicársele se traslada a la mujer por provocar un evidente perjuicio para el hijo.
Cuando la madre demora, sin razones que la justifiquen, u omite entablar la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial como representante del menor, ocasiona el mismo daño que origina la situación expuesta precedentemente. Aún cuando posteriormente promoviera la demanda, esa sola demora puede ser dañosa por la falta temporal del padre que ha tenido que soportar el hijo sin estar obligado a ello».

[1153] Carrasco Alarcos, Claudia R. Responsabilidad por omisión del reconocimiento del hijo extramatrimonial. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 y 4 de Octubre de 2002 - Fac. de Derecho - Univ. de Buenos Aires). En: http://www.aaba.org.ar/bi20op029.htm

Debemos tener en cuenta, asimismo, que no se trata simplemente de castigar actos antijurídicos, sino más bien de darle protección a una persona que ve vulnerados sus derechos por una conducta ajena, que no depende de su voluntad y que no tiene obligación de soportar. De igual forma debemos tener presente que las particularidades que presenta este tipo de situaciones se enmarcan dentro del ámbito familiar y, por lo mismo, deben ser tratadas de forma especial atendiendo a los principios que informan el Derecho de Familia.

Sin perjuicio de lo expuesto, hemos considerado apropiado centrar nuestro análisis sobre la responsabilidad extracontractual derivada de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial en el caso específico del padre, por ser este el supuesto más común. Con este objetivo revisaremos algunos conceptos básicos que son esenciales para lograr una adecuada comprensión de la problemática que envuelve a este tema.

27.15.1. Nociones generales

27.15.1.1. La filiación

Las relaciones de parentesco son variadas, toda vez que presentan diversa naturaleza e intensidad. De aquellas la más relevante es, sin lugar a dudas, la denominada relación paterno-filial que vincula, en sentido genérico, a una persona con sus ascendientes y descendientes y —de modo más restringido— vincula a los padres con sus hijos.

La identidad filiatoria puede definirse como un concepto jurídico que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación con quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Habitualmente se encuentra en concordancia con la identidad genética, aunque puede no estarlo.[1154]

[1154] Zannoni, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea, 1998, tomo II, p. 320.

A decir de Zannoni,[1155] el término *filiación* sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia. El Derecho de la filiación comprende, desde una perspectiva amplia, las relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos y que, recíprocamente, atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto al contenido relativo a su objeto, es decir la realización de los fines e intereses familiares que el Derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad.

Enseña Cornejo Chávez[1156] que tradicionalmente y por mucho tiempo se distinguió en la filiación dos variedades básicas: la matrimonial o legítima y la extramatrimonial. Las antiguas legislaciones consagraron no solamente una diferencia muy grande entre ambas filiaciones, sino que reprimieron a la ilegítima.

El primer antecedente de la filiación lo encontramos en las Leyes de Manú, en las cuales los hijos extramatrimoniales carecieron de los más elementales derechos, al verse abandonados a su propio destino, pues no tenían derecho a saber quiénes eran sus padres.

Como expresan Bonilla Pereira y Guerrero:[1157]

> Contrario a lo estipulado en las Leyes de Manú, en el código de Hamurabi se sentaron las bases para la protección de los hijos habidos fuera del matrimonio. El primer avance consistió en que no se les discriminó tildándoles de ilegítimos; al contrario, se les reconoció la calidad de legítimos cuando el padre hubiese reconocido su paternidad.

[1155] Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, tomo II, p. 307.

[1156] Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 11.

[1157] Bonilla Pereira, Ximena y Gilma Inés Guerrero M. *Filiación extramatrimonial.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1997, p. 9.

En Grecia y Roma, según la Ley de las XII Tablas, los hijos nacidos fuera del matrimonio carecían de todo derecho ya que no eran reconocidos como miembros de la familia. Poco a poco fueron concediéndoles ciertos derechos a los hijos nacidos de concubinato, entendido este último como una relación estable que debía cumplir con ciertas exigencias relativas a la edad, monogamia y falta de parentesco entre los unidos en ella.

Más riguroso era el tratamiento del tema en el Derecho germano, que consideraba al hijo extramatrimonial como un extraño, sin reconocerle derecho alguno. La institución familiar establecida entre ellos prohibía de forma absoluta la entrada del hijo natural a la familia. La legitimación no se conoció y el adulterio era castigado con penas muy severas.

Juan Pablo Santopinto y María Cecilia Taverna[1158] señalan con acierto que la Iglesia Católica contribuyó a atenuar esta situación, al reconocer el derecho a alimentos de los hijos extramatrimoniales, pero ese estado no podía mejorar mucho ya que en la Edad Media la sociedad era fuertemente teocrática, considerando a los hijos extramatrimoniales como «hijos del pecado». Cabe recordar que la Revolución Francesa dio un paso importante contra esta injusticia notoria y estableció la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos, aunque luego esto fue desechado por el Código Civil Francés de 1804, pero sin volver a la severidad de la Edad Media.

[1158] Santopinto, Juan Pablo y María Cecilia Taverna. Evolución de la responsabilidad civil en el derecho de familia: responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002-Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires).
En: http://www.aaba.org.ar/bi20op050.htm

A partir del siglo pasado, la reacción en favor de los hijos naturales ha ido progresando y encaminándose —por fin— a terminar con esa paradoja absurda de que la culpa recaiga sobre la víctima y no sobre el culpable.

En el plano actual hay diferencias entre las diversas legislaciones nacionales. Por ejemplo, en muchos países se ha llegado a conseguir una equiparación plena y perfecta de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales. Otros países han proclamado el principio fundamental de que los padres tienen deberes para con sus hijos habidos tanto dentro como fuera del matrimonio.[1159]

Todo este movimiento en pro de los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio dio lugar a que el Pacto de San José de Costa Rica (de jerarquía constitucional en nuestro país) estableciera que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro de él.

El Perú no ha sido ajeno a esta tendencia universal contemporánea que se dirige a reducir la distancia que anteriormente existía entre los hijos legítimos e ilegítimos. Por el contrario, se ha pronunciado a favor de la equiparación de los mismos en el último párrafo del artículo 6 de la Constitución Política de 1993, declarando que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, y que, asimismo, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, encontramos que en nuestra legislación se reconoce tres clases de filiación, esto es, la matrimonial, la extramatrimonial y la filiación por adopción:

[1159] SANTOPINTO, Juan Pablo y María Cecilia TAVERNA. *Op. cit.*

- *Filiación legítima o matrimonial:* Es el vínculo jurídico que une al hijo con los padres casados entre sí. Los hijos que nacen de padres que han contraído matrimonio que produzca efectos civiles conforme a las normas vigentes son legítimos.

  De acuerdo con lo previsto por los artículos 361 y 362 del Código Civil, el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido, ello al grado de que el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

  La filiación, en estos casos, puede ser legal, por cuanto es la propia ley la que establece ciertas presunciones, sobre la base de determinados supuestos de hecho.

  Vale recalcar que dicha presunción, sin embargo, no es absoluta, de conformidad con lo previsto por el artículo 363 del Código Civil:

  Artículo 363.- «El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

  1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
  2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
  3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiere cohabitado con su mujer en ese período.
  4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza».

- *Filiación extramatrimonial:* El Código Civil Peruano de 1984 señala expresamente que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

A decir de Cornejo Chávez:[1160]

> Mientras, tratándose del hijo matrimonial, el emplazamiento de estado surge del hecho del matrimonio de los padres y del juego de presunciones bastante robustas en cuanto a los términos mínimo y máximo de fetación, cuando se trata del hijo extramatrimonial no existen tales factores. De hecho, no hay sino dos maneras de lograr ese emplazamiento: el reconocimiento voluntario y la investigación judicial de la paternidad o de la maternidad.
>
> El instrumento en que conste aquel reconocimiento o la sentencia favorable que ponga fin a esta investigación constituyen los medios de prueba de esta filiación, si por medio de prueba se entiende el título o instrumento con el cual una persona demuestra frente a terceros, aun fuera del juicio, en sus relaciones jurídicas, la filiación que ostenta.

El reconocimiento es un acto jurídico familiar, mediante el cual una persona declara que otra persona es su hijo. Como acto jurídico presenta los siguientes caracteres:

(a) Voluntario: el reconocimiento depende de la declaración de voluntad del reconociente.

[1160] Cornejo Chávez, Héctor. *Op. cit.*, tomo II, p. 101.

A decir de Adriana Krasnow,[1161] el renombrado juez argentino Bossert sostuvo con acierto en uno de sus fallos que «el reconocimiento de la filiación es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral. Esto implica que el acto en sí, destinado a emplazar al hijo, depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no del consentimiento o la aceptación del hijo, pero no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor; tan es así, que ante la falta del acto jurídico del reconocimiento, el hijo cuenta con acciones para obtener el emplazamiento en el estado de familia que le corresponde».

(b) Unilateral: ya que para perfeccionarse no requiere sino de una sola declaración de voluntad. Asimismo, para ser válido no requiere la aceptación del hijo.

(c) No vinculante: solo el padre es apto para reconocer su paternidad y la madre para reconocer su maternidad. En consecuencia, el reconocimiento no se traslada respecto de quien fuera el otro progenitor. Si este no ha reconocido a su hijo, podrá ser demandado con el objeto de obtener —mediante un pronunciamiento judicial— el emplazamiento filial. Asimismo, procede de la impugnación del reconocimiento ante la inexistencia de nexo biológico entre el reconociente y el reconocido.

[1161] Krasnow, Adriana Noemí. Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Protección del derecho a la identidad. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 y 4 de Octubre de 2002 - Fac. de Derecho - Univ. de Buenos Aires). En: http://www.aaba.org.ar/bi20op015.htm

(d) Puro y simple: el reconocimiento no puede sujetarse a modalidades (condición, plazo y cargo).

(e) Irrevocable: el reconociente no puede dejar sin efecto su manifestación de voluntad. De esta forma se garantiza la estabilidad del vínculo y la seguridad jurídica.

(f) Formal: puesto que la legislación predetermina los signos con los que ha de dejarse constancia de su realización.

Expresa Krasnow[1162] que, en cuanto a los caracteres del reconocimiento en relación a sus efectos, destacan los siguientes:

(a) Declarativo de estado: la filiación nace con el hecho biológico de la procreación y no con la voluntad del reconociente declarada en el acto jurídico del reconocimiento.

(b) Retroactivo: el reconocimiento produce efectos retroactivos a la época de la concepción del hijo.

(c) Produce el emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial y correlativamente en el de padre o madre extramatrimonial.

(d) Constitutivo del título de estado de hijo extramatrimonial.

- *Filiación por adopción:* A través de ella se establece un vínculo jurídico familiar entre dos personas que no se encuentran unidas entre sí por vínculos naturales. Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

[1162] Krasnow, Adriana Noemí. *Op. cit.*

27.15.1.2. Ausencia de reconocimiento y derecho a la identidad filiatoria

Luego de estas breves consideraciones, y siguiendo a Marcheschi y Marenoni, podemos aseverar que la filiación es uno de los núcleos alrededor de los cuales se ha estructurado la reforma del Derecho de Familia, que ha culminado con la equiparación de todos los hijos. Este movimiento innovador ha sido universal aunque obedece a factores sociológicos e ideológicos diferentes, propios de cada país.

Expresan que si se sigue esta premisa resulta claro que lo querido por el sistema jurídico es el acto jurídico familiar del reconocimiento tendiente a garantizar a toda persona un emplazamiento pleno (materno y paterno). Sin embargo, si una persona no cumple con su deber jurídico de reconocer y, al mismo tiempo, su comportamiento refleja la negativa de asumir la responsabilidad como progenitor, el Derecho protege al hijo mediante un mecanismo legal (acción de filiación) que facilita la determinación del vínculo y, paralelamente, se admite en la jurisprudencia solicitar la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento espontáneo.

Se señala que la falta de reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial conlleva a la privación del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica, a los caracteres físicos de la persona y a su realidad existencial.

Así, la falta de emplazamiento y el consecuente daño que ello puede ocasionar, vulnera un derecho personalísimo, concretamente configura una violación al derecho de identidad personal. Tal derecho aparece consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los que confieren a los hijos el derecho de conocer a sus progenitores y a tener su identidad.[1163]

[1163] Marcheschi, Cecilia y Patricia A. Marenoni. Responsabilidad ante la falta de reco-

En efecto, no podemos negar que el derecho a preservar la identidad personal como identidad filiatoria es común a toda persona en tanto la identidad es el presupuesto que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura y demás componentes de su propio «ser». Toda persona tiene derecho a conocer su origen, su procedencia, sus raíces.

En este orden de ideas el niño, al tratarse de un ser en permanente formación, busca su propia identidad, y toda frustración o entorpecimiento en esa búsqueda repercute negativamente en su persona.

Ahora bien, la identidad puede entenderse desde tres perspectivas de acuerdo al ámbito al que haga referencia. Así, tal y como es señalado por Krasnow,[1164] la identidad personal abarca:

(a) *Identidad personal en referencia a la realidad biológica*: que se concibe como el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde. A su vez, esta comprende lo que se conoce como identidad genética e identidad filiatoria.

- *Identidad genética:* abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible.

nocimiento paterno. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 y 4 de Octubre de 2002. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires). En: http://www.aaba.org.ar/bi20op026.htm

[1164] Krasnow, Adriana Noemí. *Op. cit.*

- *Identidad filiatoria:* resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Este aspecto de la identidad no se presenta completo en los supuestos de falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial.

(b) *Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona*: comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican como: los atributos de la personalidad, la propia imagen. En cuanto los atributos de la persona, la falta de reconocimiento impide el uso del apellido del progenitor no reconociente.

(c) *Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona:* esto implica la realización del proyecto existencial de la persona, lo que supone, por ende, sus pensamientos, creencias, ideologías, costumbres. La falta de reconocimiento afecta la vida del hijo en todos los aspectos incluidos en esta dimensión.

Se señala en doctrina que uno de los caminos para subsanar estas limitaciones es el de promover una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, paso previo necesario para la procedencia de una reparación. Se entiende que en estos casos el «daño a la identidad» es de entidad suficiente para el reclamo, puesto que limita el desarrollo integral del hijo, afectando su proyecto de vida al ser fraccionado en un antes y un después del reconocimiento, lo que no descarta la concurrencia de daños patrimoniales.

27.15.2. Fundamento de la responsabilidad por el no reconocimiento: Responsabilidad civil en el Derecho de Familia

La doctrina —como se comprueba en el capítulo relativo a la responsabilidad civil derivada del divorcio— se bifurca entre quienes se in-

clinan por la admisión o por la prohibición de la reparación del daño causado en el seno familiar.

En un primer momento, la tesis imperante fue la negativa, la cual consideraba al Derecho de Daños como un área ajena al Derecho de Familia. Dicha postura se escudaba en la protección de la estructura familiar, la cual podía resultar vulnerada ante la exteriorización de daños producidos entre sus integrantes en el mundo íntimo.

De esta forma, se sostenía que la relación íntima entre los miembros de la familia obstaba a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados, en tanto se aseguraba que debía primar una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados, todo ello en pro de los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad.

A decir de Urrutia y Riposatti,[1165] más adelante y como consecuencia de la concepción política que pretende culminar con los privilegios personales que caracterizaron a los siglos XVIII y XIX y primeras décadas del XX, toma impulso la concepción jurídica que hace primar los principios de una república democrática e igualitaria. Esta concepción provoca la aparición de partidarios de extender la responsabilidad por los hechos dañosos al ámbito familiar.

A esta postura —a la que podemos denominar como tesis positiva— se han adherido reconocidos juristas, entre los que se encuentran Zannoni, Méndez Costa, Belluscio, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci, Alterini, López Cabana, Brebbia y Barbero.

[1165] Urrutia, Susana Margarita y Norma Beatriz Riposatti. Factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de hijo. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Impacto de la Globalización. El Rol del Estado. Constitucionalización de los Nuevos Derechos. (Buenos Aires, 2, 3 y 4 de Octubre de 2002 - Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires). En: http://www.aaba.org.ar/bi20op031.htm

Todos ellos parten de una idea en común, esto es, considerar dentro de las características de la familia actual, que sus miembros se relacionan en un plano de libertad e igualdad y bajo el respeto de dos valores fundamentales: el amor y la humanidad. En consecuencia, se sostiene que no es válido impedir la reparación del daño injusto causado a cualquiera de sus miembros con fundamento en la protección de la integridad familiar. Admitir lo contrario significaría, entonces, trastocar no solo los fundamentos que sustentan el Derecho de Daños, sino también el que rige al Derecho de Familia.

Por nuestra parte, reafirmando la posición que hemos adoptado, nos inclinamos por admitir la reparación del daño en el Derecho de Familia, con el fin de resguardar y respetar los derechos de cada miembro de la familia. En todo caso, debemos ser conscientes de que la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil debe guardar armonía con el ordenamiento jurídico familiar, de modo que sea posible arribar a soluciones respetuosas del interés individual de la persona afectada y, al mismo tiempo, del interés familiar.

27.15.3. Configuración de la responsabilidad

Ahora corresponde analizar si en el caso se encuentran reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil: factor de atribución, antijuridicidad, daño y relación de causalidad.

27.15.3.1. Factor de atribución de la responsabilidad extracontractual del padre

El tema —cuya evolución ideológica hemos podido apreciar— ha sido objeto de interés de innumerables juristas que han ensayado distintas tesis que, básicamente, pueden sintetizarse en tres posiciones de gran raigambre doctrinaria y jurisprudencial:

(a) *Tesis que incluye factores objetivos de atribución de responsabilidad*

Esta postura es defendida por la profesora Nelly Minyersky,[1166] quien no ha dudado en afirmar que:

> Frente al progresivo y debido lugar que ocupa actualmente la teoría de la carga dinámica de las pruebas, cualquiera fuera la posición sustentada, se debe procurar facilitar el logro del emplazamiento filial con la condigna reparación de los daños.
>
> La ley y la jurisprudencia tienen una función dialéctica y ejemplificadora. A través de una debida articulación de las normas se logrará la efectividad de los derechos constitucionales reiteradamente citados. Ello irá impregnando la conciencia social de los principios de la paternidad y maternidad responsables.
>
> Una posición en tal sentido acercará la responsabilidad a los criterios más modernos que centran el derecho de daños en la víctima y en la reparación, y no en la conducta del actor del hecho dañoso, considerando así como eje de la política tuitiva al menor y sus derechos. Ya decía Mosset Iturraspe que: 'Son numerosas las voces que predicen una progresiva intrascendencia de la responsabilidad como hecho jurídico, hasta llegar a la supresión misma de la idea, reemplazada por la reparación (...) queda evidenciado que el tema de la responsabilidad escapa a los moldes, requiriendo un tratamiento acorde con las circunstancias históricas y necesidades de la hora presente'.

De lo expuesto se desprende, que de acuerdo con esa posición el presupuesto de la causalidad prima de forma independiente al factor subjetivo de atribución. Importa el daño sufrido por el hijo como resultado de la falta de reconocimiento, más allá de si esta se dio o no

[1166] Minyersky, Nelly. «Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución». En: *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 553.

como consecuencia de un actuar doloso o culposo por parte de su padre.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, se ha pronunciado en este mismo sentido, considerando, entre otros conceptos, lo siguiente:[1167]

1. La negativa infundada al reconocimiento del hijo provoca en este un agravio moral que debe ser resarcido.
2. El carácter voluntario del reconocimiento no lo convierte en un acto de arbitrariedad, ni lo desliga de principios fundamentales de Derecho como el de no dañar a otro y el de dar a cada uno lo suyo, bases del ordenamiento jurídico positivo.
3. No exime de responsabilidad al progenitor la eventual falta de culpa o negligencia, pues la indemnización por agravio moral no es punitiva sino resarcitoria, desde que debe atenderse a la relación de causalidad más que a la culpabilidad.
4. El daño moral puede, en ciertos casos, resultar *in re ipsa* y, en otros, requerir su prueba.

Esta teoría, por ende, postula que carece de importancia determinar si la omisión de reconocimiento del hijo deriva de dolo o de culpa del padre, al aceptar que existe un deber jurídico de indemnizar al hijo que no se reconoció al margen de toda causa imputable. Además, el incumplimiento de dicho deber ocasiona un daño *in re ipsa* y condena a indemnizar tal actitud dañosa.

El razonamiento esgrimido por este sector de la doctrina y la jurisprudencia equivale, entonces, a sostener que la existencia de daño

[1167] Urrutia, Susana Margarita y Norma Beatriz Riposatti. *Op. cit.*

genera el derecho a indemnizar por el no reconocimiento de hijo. Por lo tanto, solo se debe analizar la causalidad y la antijuridicidad, independientemente del elemento subjetivo.

Es suficiente, desde este punto de vista, la antijuridicidad y la causalidad para sustentar la responsabilidad civil.

Ante esto, creemos necesario recordar que la antijuridicidad es un presupuesto objetivo de la responsabilidad (basado en la contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico); por lo tanto, dicho elemento no basta para justificar la responsabilidad. Debemos recordar, además, que cuando el legislador ha querido fundar la responsabilidad en la objetividad, expresamente así lo ha previsto.

También somos de la idea que la relación de causalidad, trasunta un problema de imputación, pero de orden fáctico: atribución material de un resultado a un hecho fuente, de donde se sigue que no es suficiente en sí misma para fundar la imputación de la responsabilidad civil en casos como los que plantea la ausencia de reconocimiento voluntario.

(b) *Tesis que propugna solo al dolo y a la culpa grave como factores de atribución de responsabilidad por el no reconocimiento de un hijo*

Dentro de esta segunda corriente doctrinaria se encuentra la profesora Graciela Medina. La citada jurista, al suscribir esta teoría, lo hace afirmando que en el derecho de familia es necesaria la exigencia del dolo o culpa grave como factor de atribución de responsabilidad y, por lo tanto, para responsabilizar al progenitor no reconociente debe exigirse la culpa grave asimilada al dolo.[1168]

[1168] Medina, Graciela. «Daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998». *Revista del Derecho de Daños,* n.º 6, p. 91.

Aquel criterio se cristaliza en el proyecto de reforma integrada del Código Civil Argentino de 1998, en cuyo artículo 1686 se legisla específicamente sobre la responsabilidad en las relaciones de familia, exigiéndose la culpa grave o el dolo como factores de atribución de responsabilidad.[1169]

Al analizar esta teoría podemos deducir y sostener que la exigencia de culpa grave o dolo, al evitar sancionar los comportamientos que conlleven culpa común, pone en evidencia la vieja ideología que consideraba desquiciante la imputación de la responsabilidad entre los miembros de una familia.

Esta posición puede ser caracterizada, en consecuencia, como una suerte de tendencia intermedia entre la tesis que ampara la imputación de responsabilidad en el ámbito familiar y aquella que la niega. Sin embargo, no deja de tener consecuencias prácticas poco afortunadas, por cuanto la exigencia de la gravedad de la culpa o la existencia del dolo dejará sin derecho a indemnización los casos de negligencias, imprudencias o impericias comunes.

(c) *Tesis que incluye como factores de atribución de responsabilidad a la culpa, sin distinción de clases, y al dolo*

Esta tesis considera que los factores de atribución de responsabilidad necesarios para generar derecho indemnizatorio, son el dolo o culpa, pero sin realizar distinción alguna en cuanto a esta última.

Entre los representantes de esta postura podemos citar a Eduardo A. Zannoni, Claudio Gustavo Romano, Eduardo Molina Quiroga y Lidia E. Viggiola, quienes coinciden en resaltar la importancia del

[1169] Vale recordar que dicho Proyecto de Reforma no ha sido aprobado ni por tanto ha entrado en vigencia.

factor de atribución subjetivo en la configuración de la responsabilidad civil del padre que no reconoció a su hijo.

Los defensores de esta posición aseguran que la mera falta de reconocimiento espontáneo no genera —sin más— la responsabilidad del padre, sino que esta debe ser imputable a título de dolo o culpa, lo cual será determinado en el caso concreto.

A decir de Urrutia y Riposatti:[1170]

> El proceder paterno debe ser de evasión a la paternidad, esa es la real fuente del derecho a ser indemnizado y no simplemente de la falta de reconocimiento. La evasión paterna al reconocimiento, a la identidad del hijo, a su derecho a nombre, etc., es lo que genera la responsabilidad. El padre que sin haber reconocido expresamente a su hijo, si tuvo el hijo éste posesión de estado, si se allanó el padre a la reclamación, si esto ocurrió teniendo el menor cuatro años de edad, etc., la situación se circunscribe al emplazamiento registral y difícilmente haya generado daño ... esto hace que se concluya, que la posibilidad de conceder la indemnización por falta de reconocimiento por parte del padre, dependa estrictamente de las circunstancias del caso y excluya reparaciones automáticas y mecánicas.

Tras lo dicho respecto al factor de atribución de responsabilidad, puede sostenerse que en el tema específico de indemnización por no reconocimiento de hijo rige la teoría subjetiva, en tanto es necesario realizar un juicio valorativo con relación a la conducta del agente. Así, estamos convencidos de que es necesaria la existencia de dolo o culpa, sin realizar distinciones en cuanto al grado de esta última.

Lo afirmado nos conduce, en consecuencia, a rechazar aquellos factores de atribución objetivos, por cuanto no se ajustan adecuadamente a la naturaleza del Derecho de Familia, cuyas peculiaridades no pueden descartarse al momento de resolver.

[1170] Urrutia, Susana Margarita y Norma Beatriz Riposatti. *Op. cit.*

27.15.3.2. Antijuridicidad o ilicitud

En lo que concierne al elemento de la antijuridicidad, resulta preciso señalar, en principio, que el mismo se exterioriza a través de un acto de omisión. En segundo lugar, es menester subrayar las dificultades que encierra este caso en particular, por cuanto el acto que se omite, esto es, el reconocimiento, se caracteriza por ser un acto jurídico voluntario.

La problemática esbozada logra vencerse a través de una aplicación general de los principios que rigen el sistema de responsabilidad civil: el no cumplimiento del deber jurídico de reconocer implica una violación del deber de no dañar, lo que determina que quien incurrió en esta omisión sea jurídicamente responsable por los daños causados a aquel que tenía derecho a esperar el cumplimiento de dicho deber.

Por su parte la profesora Méndez Costa sostiene, sobre el particular, que la omisión aludida constituye el ejercicio abusivo de un derecho, pues si bien la ley admite el reconocimiento por el padre o madre extramatrimonial con la finalidad de simplificar la determinación de la filiación del hijo y dar cauce jurídico al cumplimiento de un indiscutible deber ético, abstenerse de realizarlo contradice esos fines e implica contrariar la moral y las buenas costumbres, constituyendo un supuesto de acto abusivo, esto es un acto ilícito.[1171]

No cabe duda que el no reconocimiento de un hijo propio, aunque sea concebido fuera del matrimonio, es un hecho reprobable tanto moral como jurídicamente, del cual surge la obligación de resarcirle el daño causado.

[1171] Marcheschi, Cecilia y Patricia A. Marenoni. *Op. cit.*

Aunque coincidimos con el razonamiento de Méndez Costa, estimamos necesario advertir que además de las consideraciones éticas —tan pertinentes para casos de familia como este—, la antijuridicidad de la ausencia del reconocimiento puede desprenderse de una lectura integral de nuestro ordenamiento jurídico.

Llambías enseña que «cuando la desaprobación legal surge limpiamente de ordenamiento jurídico, apreciado en su plenitud, es indudable que el acto es ilícito aunque falte un texto explícito que prohíba su realización». Mosset Iturraspe,[1172] por su parte, expresa que «la antijuridicidad de la omisión deviene, claro está, de la transgresión de una obligación jurídica de obrar, pero con un alcance amplio que abarca los deberes legales y también los impuestos por las buenas costumbres y el orden público, al igual que los dictados por la buena fe [...]».

En efecto, al no existir expresamente una norma que regule las situaciones explicadas, es menester tomar en cuenta el Derecho como unidad y apelar a la diversidad de normas que conforman el Código Civil, para llegar a dilucidar estos aspectos.

A decir de Marcheschi y Marenoni, sin perjuicio de la ilicitud del acto omisivo, carácter que surge de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico en su integridad, la doctrina sostiene la existencia de una obligación legal, por cuanto si bien el reconocimiento constituye un acto jurídico voluntario, no por ello es discrecional para el sujeto reconociente, asumiendo este el deber jurídico de emplazar a su hijo en el estado de tal.[1173] Si el hijo tiene el derecho de accionar para obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no la ha hecho espontáneamente, estos asumen —en consecuencia— el deber jurídico de hacerlo, trasgresión que solo puede neutralizarse ante la existencia de causas de justificación o exculpatorias.

[1172] Santopinto, Juan Pablo y María Cecilia Taverna. *Op. cit.*
[1173] Marcheschi, Cecilia y Patricia A. Marenoni. *Op. cit.*

27.15.3.3. Daño

La falta de reconocimiento produce un daño moral en la persona del hijo, puesto que la falta de determinación del vínculo implica la privación de la titularidad y goce de los derechos emergentes del emplazamiento filial y, al mismo tiempo, el no poder acceder a un título de estado le impide el uso del apellido del progenitor biológico (elemento integrante de su identidad). Desde esta perspectiva, la omisión del reconocimiento genera un daño moral por cuanto despoja al hijo de su derecho a la identidad filiatoria.

A decir de Adriana Noemí Krasnow,[1174] el daño moral por falta de reconocimiento se proyecta en distintos aspectos, a saber:

- Perjuicio psicológico: la falta de determinación del vínculo produce perturbaciones en el siquismo infantil.
- Ausencia de un vínculo filial pleno (materno y paterno).
- Vulneración del derecho a la identidad.
- Discriminación en el ámbito social.
- Perjuicios que están vinculados con la falta de exteriorización jurídica del presupuesto biológico, traducidos en la privación de derechos subjetivos emergentes del título de estado. Por ejemplo, no se puede exigir el cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad (crianza, asistencia, educación, debida comunicación, etc.).

[1174] Krasnow, Adriana Noemí. *Op. cit.*

Corresponde aclarar que no integran rubros indemnizables aspectos espirituales que no constituyen categorías jurídicas, tales como la falta de amor y de afecto. Respecto de este punto resulta interesante el pronunciamiento que hiciera Bossert[1175] en un fallo de la Cámara Nacional Civil Argentina en octubre de 1989:

> [...] No se trata, en cambio, del resarcimiento por las carencias afectivas que pudo hallar en estos años, frente a su progenitor, ya que ello pertenece al aspecto espiritual de las relaciones de familia, sobre el cual el derecho no actúa, salvo que trasciendan en determinadas conductas, como son por ejemplo, el abandono, que permitirá accionar por privación de la patria potestad, la falta de asistencia, que permitirá demandar alimentos, las injurias graves entre cónyuges que dan lugar al divorcio, etc., pero lo que aquí se debe resarcir, específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario. Adviértase que de no precisarse así la cuestión, el hijo reconocido y que incluso convive con sus padres, podrá demandar la indemnización a éstos por ausencia de muestras de afecto y apoyo espiritual.

Aunque a primera vista podría sorprender el resarcimiento en dinero cuando se trata de reparar un dolor o sentimiento tan íntimo, se trata, como sabemos, de la única forma viable. Como sería imposible volver a la época de la concepción y reparar en especie el daño provocado, la indemnización tomará el carácter de compensatoria.

Además de los daños morales resulta factible que se configuren daños patrimoniales. En otras palabras, el daño en este tipo de situaciones puede ser tanto material como moral. La concurrencia de estas dos categorías es independiente y cualquiera de ellas puede presentarse en forma autónoma.

[1175] Krasnow, Adriana Noemí. *Op. cit.*

El hijo cuenta con un interés subjetivo jurídicamente tutelado. Creemos que este interés se refiere al daño moral que se ocasiona al no reconocer un derecho personalísimo como es la dignidad personal, la protección de la integridad moral, la identidad, el nombre, entre otros tantos derechos que son inherentes a la personalidad. Este daño extrapatrimonial no obsta para que se configure también como resarcible el daño material por la falta de sustento económico.

Kemelmajer de Carlucci resalta, al respecto, que la falta de reconocimiento de la paternidad autoriza a reclamar todos los daños materiales y morales provenientes de la conducta pasiva, toda vez que advierte que dichos daños deben guardar una adecuada relación de causalidad con la omisión incurrida, ya sea esta del padre o de la madre.[1176]

27.15.3.4. Nexo causal y eximentes

Para que se configure la responsabilidad es necesario, como bien lo sabemos, que exista una relación entre la conducta antijurídica del agente y el daño sufrido por la víctima. Esto equivale a decir, en el supuesto que nos ocupa, que para que la conducta omisiva genere responsabilidad debe estar causalmente ligada al resultado dañoso, de modo que se pueda afirmar que la abstención ha actuado como factor eficiente de consumación.

La omisión del reconocimiento espontáneo tiene que ser, por ende, la causa del daño, lo que ocurrirá toda vez que un juicio de probabilidades nos indique que esa abstención influyó como concausa del daño producido, partiendo del supuesto que la acción de quien se abstuvo habría bastado para evitar dicho daño.

[1176] Santopinto, Juan Pablo y María Cecilia Taverna. *Op. cit.*

Ahora bien, a partir de lo desarrollado se puede inferir[1177] que la omisión que genera el daño debe ser producto de un accionar deliberado del padre que estaba en condiciones de producir el emplazamiento. Cuando este no tenía conocimiento de la existencia del hijo, mal podría hablarse de falta de reconocimiento voluntario, y por lo tanto no cabría aplicarle las reglas de la responsabilidad civil puesto que faltaría uno de sus requisitos fundamentales: la imputabilidad.

El padre debe encontrarse, en el momento de la omisión, con discernimiento, intención y libertad. Si la persona probara que existió un hecho irresistible configurativo de una causa de fuerza mayor o que mediaba un estado de necesidad que impedía su actuar, no sería pasible de responsabilidad por encontrarse justificado.

De esta forma, solo será responsable aquel que no pueda justificar un error excusable que lo exime de la responsabilidad. Así, por ejemplo, podrá eximirse a aquel cuya omisión del reconocimiento tenga como causa la ignorancia de que la mujer había quedado embarazada y dio a luz al hijo.

Igualmente podrá eximirse el padre que tiene serias y fundadas dudas acerca de la paternidad que se le atribuye y que prorroga el reconocimiento durante el tiempo necesario para realizar las pruebas pertinentes que le permitan develar la realidad de ese vínculo. Por supuesto que, una vez comprobada la exactitud de la relación biológica, si demora el acto de reconocimiento o simplemente no lo realiza, estaría incurriendo en una conducta ilícita, en la mayoría de los casos dolosa, y no habría, en principio, eximentes de responsabilidad.

[1177] Carrasco Alarcos, Claudia R. *Op. cit.*

Como indica Zannoni,[1178] debe valorarse la conducta del progenitor antes y durante el juicio: una justificada negativa a reconocer voluntariamente al hijo no eximirá la renuencia a prestarse a la prueba en sede judicial.

27.15.4. A modo de conclusión

Lo desarrollado en estas páginas nos permite concluir que si bien la idea de reparación de los daños y perjuicios entre miembros de una familia tiene resistencia en doctrina, por ser considerada atentatoria de la armonía de dicho ámbito, hoy prevalece un criterio favorable a su admisión. Entre los supuestos que puede abarcar la responsabilidad civil en materia familiar se encuentra la pretensión resarcitoria emanada de la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad extramatrimonial.

Hay una acción omisiva que provoca un perjuicio y el derecho no puede hacer oídos sordos a ello, bajo el pretexto de no existir una norma expresa que autorice en el caso de las relaciones de familia, concretamente frente a la filiación, a reclamar una indemnización. El Derecho es uno solo y debe integrarse como tal.

El fundamento de la responsabilidad se encuentra, por consiguiente y de manera general, en el principio *alterum non laedere*, el cual ha sido recogido tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia y la legislación.

En el caso concreto de la responsabilidad por falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial, se observa, en principio, una violación al derecho a la identidad personal que posee todo ser humano.

[1178] Zannoni, Eduardo. «Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo». *Revista Jurídica Argentina La Ley* 1990-A, p. 128.

Como indica Zannoni:[1179]

> La determinación de la filiación, como categoría jurídica, tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica.
>
> Es decir, responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde.

El hijo no reconocido no ha tenido participación en su procreación; por ende, sus progenitores deben asumir mayores cuidados para evitar daños al nuevo ser, tal como expresa Nelly Minyersky:[1180]

> Mantener relaciones sexuales no está prohibido por la ley, pero tiene una probable consecuencia: la procreación. Esta conlleva la obligación de emplazar a ese niño en el estado de familia que le es debido a su realidad biológica. Puede ser un efecto no querido, pero desde el momento que se gesta un niño, éste se transforma en un ser con entidad propia, en un sujeto de derechos independientes.

Ahora bien, la condición *sine qua non* para solicitar la reparación del daño es la sentencia que hace lugar a la reclamación de filiación extramatrimonial. Se puede optar por acumular ambas acciones, pero el resultado de la acción de daños y perjuicios dependerá de que la acción de reclamación de filiación llegue a feliz término. En caso se interpongan separadamente, la acción de daños y perjuicios prescribe a los dos años de haber logrado el reconocimiento del estado de hijo extramatrimonial.

En todo caso, debemos tener presente que para que se configure responsabilidad civil extracontractual del padre es imprescindible que concurran todos los elementos constitutivos de la misma, es decir, el

[1179] Zannoni, Eduardo A. *Derecho de Familia. Op. cit.*, tomo II, p. 319.
[1180] Minyersky, Nelly. *Op. cit.*, p. 552

daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución.

La responsabilidad imputable es subjetiva ya que precisa de un juicio valorativo respecto de la conducta omisiva del agente; por lo tanto, solo habrá responsabilidad cuando dicha conducta sea dolosa o culposa, e incluso cuando obedezca a culpa leve.

Sin embargo, como expresan Santopinto y Taverna,[1181] siendo el factor de atribución de responsabilidad subjetivo, se han reconocido eximentes, tales como el error excusable debidamente justificado, la ignorancia, el ocultamiento del embarazo y del parto. Tampoco será procedente la indemnización cuando la negativa a reconocer el hijo hubiera tenido motivos serios, como ocurre en el supuesto de tener el padre fundadas dudas sobre su paternidad; por ejemplo, si la madre ha vivido o tenido relaciones sexuales con terceros en la época de la concepción y no se ha efectuado —por razones que le son ajenas— los análisis sanguíneos correspondientes para la determinación de la paternidad.

En consecuencia, habrá que evaluar y valorizar la conducta dentro del contexto y las circunstancias particulares de cada supuesto concreto. A manera de ejemplo, una razonable negativa a reconocer espontáneamente al hijo no exculpa la renuencia a prestarse a las pruebas biológicas.

La ausencia de una regulación específica implica que la evaluación de cada caso concreto deberá realizarse a partir de los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, la aplicación de estos principios deberá matizarse a partir de aquellos otros que informan el Derecho de Familia, de modo que se logre un

[1181] Santopinto, Juan Pablo y María Cecilia Taverna. *Op. cit.*

equilibrio adecuado entre el interés familiar y el interés individual del perjudicado.

Por último, solo nos resta indicar que si bien el legislador debe procurar la estabilidad social a través de disposiciones que favorezcan el matrimonio, no debe escatimar esfuerzos para dar protección a la madre y al hijo que por diversas circunstancias viven al margen del matrimonio.

27.16. Responsabilidad civil por violación al derecho al honor

Al analizar la responsabilidad de los medios de comunicación derivada de la difusión de noticias, aludimos al derecho a la libertad de expresión, entendida esta como libertad de prensa, derecho que calificamos como no absoluto. Así, señalamos que la libertad de prensa posee ciertos límites que se encuentran establecidos por la concurrencia de otros derechos fundamentales que, de acuerdo con el caso y con las circunstancias del mismo, pueden prevalecer sobre ella.

Tales derechos fundamentales que delimitan el ejercicio de la libertad de prensa y, en general, el derecho de libertad de expresión son los derechos al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Cada uno de estos derechos cuenta con un contenido propio, si bien todos ellos se ubican dentro de la categoría de derechos personalísimos, en la medida que corresponden a cada sujeto en su calidad de persona:[1182]

[1182] En este punto cabe recordar las palabras de Karl Larenz, quien hace énfasis en el valor del hombre en sí mismo, el cual tiene como origen su dignidad y deriva en una serie de derechos fundamentales: «El personalismo ético atribuye al hombre precisamente porque es persona en sentido ético, un valor en sí mismo —no simplemente como medio para fines de otros— y, en este sentido, una dignidad. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la relación jurídica fundamental, la cual, según esta concepción, es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular». (Citado por Goldenberg, Isidoro H. «Daño a los Derechos de la Personalidad». En: *Temas de Responsabilidad Civil. En honor al Doctor Augusto M. Morello.* La Plata, 1981, *Op. cit.*, p. 354).

> Bajo la denominación extendida de derechos de la personalidad se viene designando en la doctrina civilista a una amplia y heterogénea serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de sus facultades y del espíritu o, dicho de otro modo, que aseguran al individuo el respeto y desenvolvimiento de su personalidad física y moral [...]. Los bienes de la personalidad constituyen atributos inseparables de la persona, innatos a ella, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.[1183]

Ahora bien, si en dicho análisis nuestro estudio tiene como brújula el ejercicio de la libertad de prensa —para lo cual revisamos los aspectos principales del mismo, vinculándolo a la responsabilidad civil a la que podía dar lugar—, ahora hemos creído conveniente tomar como eje el derecho al honor y la responsabilidad a la que puede dar lugar su vulneración.

En este sentido, no nos limitaremos a confrontar al honor con la libertad de información, sino que lo haremos también con respecto al derecho de expresión en su acepción restringida. En este orden de ideas partimos de lo estudiado en el Capítulo respectivo.

27.16.1. El derecho al honor

El honor es aquel derecho que tiene toda persona a su buena imagen, nombre y reputación, de tal forma que todos tenemos derecho a que se nos respete, dentro de nuestra esfera personal, cualquiera que sea

[1183] Goldenberg, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 335.

nuestra trayectoria vital, siendo un derecho único e irrenunciable propio de todo ser humano.

Con este derecho —junto al de la buena reputación— se protegen tanto la valoración personal o autoestima de la propia dignidad, condición y prestigio, como la apreciación o valoración social que tienen los demás con relación a una persona, respecto de su conducta o cualidades.

Lo anterior implica que la divulgación de cualquier tipo de expresiones o hechos concernientes a una persona, que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre, ha de ser calificada como intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor.

Carranza[1184] confirma que el derecho al honor constituye un verdadero derecho subjetivo, pues su objeto se encuentra representado por los modos físicos y morales del individuo. El citado profesor acota que si bien es cierto que tales modos son manifestaciones de la persona, no se identifican con ella; no son las personas mismas, sino expresiones de su actividad. Esa autonomía es confirmada con la protección que reciben —de ser lesionados— a través de acciones civiles.

Al margen de estas consideraciones generales, lo cierto es que resulta difícil ensayar un concepto de este derecho que, por ello, ha sido catalogado por el Tribunal Constitucional Español como jurídicamente indeterminado:

> En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el

[1184] Citado por Goldenberg, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 337.

> Diccionario de la Real Academia (edición 1992) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Tratado de Roma), la cual —como la fama y aun la honra— consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno.
>
> Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, estas en cambio intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.
>
> Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento" [STC 185/1989]. (Sentencia TC 223/1992, de 14 de diciembre).

Lo expuesto nos invita a afirmar que no se puede determinar *a priori* los supuestos en que efectivamente se ha cometido un acto que vulnere el derecho al honor, causando un daño que derive en el nacimiento de una obligación de indemnizar del agente.

Del mismo modo, es necesario resaltar que no toda conducta considerada como deshonrante o desacreditante es tal. Aquella deberá analizarse dentro de los valores relativos tenidos en cuenta para una comunidad dada, en circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas a las que son dirigidas. El contexto general en que se produce el acto o hecho posee, entonces, gran relevancia, pues las palabras o frases que para una persona o en determinado lugar o tiempo resultan injuriosas, en otros no lo son.

A decir de Jesús Gonzales Pérez:

> La diferente concepción del honor se refleja en el ordenamiento jurídico. Se refleja, indudablemente, en la reglamentación de la protección que se dispensa a lo que todavía se considera bien jurídico de primer orden. Pero, sin duda, más que las normas jurídicas positivas, más que las normas jurídicas constitucionales y ordinarias, son los criterios hermenéuticos que presiden su aplicación y la reacción social y política ante las resoluciones judiciales, las que ponen de manifiesto la peculiar concepción del honor que informa un determinado ordenamiento.[1185]

En cuanto a su consagración a nivel positivo, debemos subrayar que innumerables documentos internacionales han reconocido este derecho. El texto de los incisos 2 y 3 del artículo 11 de la Convención Americana da fe de esto:

> Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
>
> [...]
>
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su casa, correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
>
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En lo que concierne a nuestro Derecho interno, podemos indicar que la Constitución de 1993 consagra este derecho en el inciso 7 de su artículo 2:

> Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

[1185] Gonzales Pérez, Jesús. *La Degradación del Derecho al Honor (Honor y Libertad de Información)*. Madrid: ES, 1993, p. 13.

> [...]
>
> 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.
>
> Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

27.16.2. El derecho al honor y su colisión con los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información

Ekmekdjian sostiene que los derechos civiles se encuentran ordenados en una gradación jerárquica de acuerdo con el valor que cada uno de ellos está destinado a proteger. Así, los derechos personales ostentan un rango superior en la escala axiológica a los patrimoniales, a tal punto que estos pueden ser renunciados por el titular, en cambio aquellos no, por lo menos en principio. Aun dentro de los derechos personales se deben distinguir los derechos personalísimos, privativos de la persona física, e inclusive entre ellos existe un orden jerárquico.[1186]

El problema se da, entonces, cuando alguno de estos derechos fundamentales colisiona con otro u otros derechos que también se encuentran consagrados como fundamentales. Cuando ello ocurre es necesario, primero, tratar de resolver el caso, salvando —en lo posible— el contenido esencial de cada derecho.

Como bien sabemos, el contenido esencial de un derecho impone límites al ejercicio del mismo, pues no resulta posible amparar y legitimar actuaciones que vayan más allá de aquel. Estos límites son intrínsecos del derecho; son límites distintos a los que pueden venir del

[1186] Goldenberg, Isidoro H. *Op. cit.*, p. 341.

ejercicio de otro derecho con el que se entra en colisión. De este modo el contenido esencial, más que limitar, delimita el ejercicio de un derecho.

En opinión de Gonzales Pérez:[1187]

> Cuando el ejercicio de un derecho fundamental dentro de su ámbito propio incide en el ámbito de otro es cuando se produce una colisión, que habrá de resolverse tratando de respetar al máximo el contenido esencial de cada uno y, en tanto no sea posible, dando primacía a uno de ellos. La prioridad puede venir expresamente establecida en el propio texto constitucional. Si no resulta de la Constitución, el conflicto conducirá ineludiblemente a una ponderación de los bienes constitucionalmente protegidos, que acabará en una decisión a favor de uno de los derechos.

Antes de establecer los criterios bajo los cuales se debe resolver en los supuestos en que el derecho al honor colisiona con la libertad de prensa y/o con la libertad de expresión, debemos determinar el contenido de estas últimas libertades.[1188]

27.16.2.1. Diferencias entre libertad de información y libertad de expresión

Resulta imprescindible distinguir entre el derecho de libre expresión y el derecho de libre información. Esta distinción entre libertad de pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, si bien no resulta novedosa, pues es conocida por la doctrina y por la jurisprudencia, tiene decisiva importancia para determinar la legitimidad del ejercicio de esos derechos y, por ende, su colisión con el derecho al honor.

[1187] Gonzales Pérez, Jesús. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.

[1188] Respecto a la libertad de información o prensa, nuevamente nos remitimos al Capítulo 27.32, en el que realizamos un análisis sobre el tema.

Empecemos por decir que el derecho a la libre expresión es mucho más extenso que el derecho a la información. El derecho a la libertad de expresión, en su acepción amplia, abarca tanto a la libertad de información como a la libertad de expresión en sentido estricto.[1189]

El Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado de manera significativa respecto de este tema:[1190]

> En efecto, por una parte se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras por otra parte se construye el derecho de información en una doble dirección, comunicarla y recibirla. El objeto en un caso es la idea y en el otro la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde —como otras semejantes, por ejemplo hecho y Derecho— se mezclan hasta confundirse [...].
>
> En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional desde antiguo y ha intentado delimitar ambas libertades aun con todas las dificultades que en ocasiones conlleva la distinción entre información de hechos y valoración de conductas personales [...]. Años después, insistíamos en la tesis de que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el cual deben incluirse también los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa en cambio sobre hechos noticiables y aun cuando no es fácil separar en la vida real aquélla y éste, pues la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos valorativos, lo esencial a la hora de

---

[1189] «Podemos inventar, crear o incluso llegar a fantasear o mentir sin afectar a terceros, así es el derecho a la libertad de expresión frente a la de información que tienen unas pautas. Además, interviene lo que se ha denominado la ética periodística, en el de información, donde el redactor deberá entender de forma personal, qué está bien o mal dentro de su oficio, desde la perspectiva profesional, pero contando con la opinión de los responsables del medio de comunicación en última instancia y en caso de duda». (Ronda Iglesias, Javier. En: http://www.comunica.org/chasqui/ronda72.htm).

[1190] Sentencia TC 223/1992, de 14 de diciembre.

ponderar el peso relativo del derecho al honor y cualquiera de estas dos libertades contenidas en el art. 20 de la Constitución es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada caso para situarlo en un contexto ideológico o informativo [...].

Así podemos señalar que estos dos derechos son distintos por su objeto, por su ejercicio y, a veces, por sus titulares. En efecto, mientras la libertad de expresión tiene por objeto ideas, pensamientos y opiniones, la libertad de información tiene por objeto hechos y noticias.

Respecto de los titulares debemos indicar que en el caso de la libertad de expresión, todas y cada una de las personas somos titulares, sin que sea necesario ningún tipo de especificación o matiz. En cambio, en el caso de la libertad de información, pese a que —en principio— también todo individuo es considerado titular, las personas que se dedican profesionalmente a la información —los periodistas y/o medios de comunicación— pueden llegar a tener un tratamiento distinto y privilegiado con el fin de facilitar su trabajo, el mismo que, en última instancia, beneficia y tiene por destinatario final al sujeto universal o público.[1191]

La tercera diferencia, como ya apuntamos, se refiere al ejercicio de ambos derechos o, mejor dicho, a las condiciones exigibles para su legítimo ejercicio, aspecto que será desarrollado a continuación.

Hemos indicado en más de una ocasión, que tanto la libertad de expresión como la de información tienen límites en el respeto a los derechos fundamentales, de entre los cuales reviste especial mención el derecho al honor. De ello se infiere, entonces, que dichas libertades

[1191] Ortega Gutiérrez, David. *Derecho a la Información versus Derecho al Honor.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 115.

no son ilimitadas y que entre sus límites está, precisamente, el respeto al honor de las personas. Esta es la posición adoptada no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia[1192] y por el Derecho positivo.

27.16.2.2. Libertad de información y derecho al honor: ¿Qué derecho prevalece?

Siguiendo las pautas recogidas por el Tribunal Constitucional Español, cuyos aportes en este tema son enormes,[1193] nuestro análisis de los casos en los que el derecho al honor colisione con la libertad de información, debe tener presente las siguientes consideraciones:

(a) Tanto la libre comunicación de información, como la libertad de expresión, tienen una dimensión especial en nuestro ordenamiento jurídico, en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático.

(b) En el enjuiciamiento de la corrección del ejercicio de este derecho y libertad, ha de tomarse en consideración la trascendencia pública o no de los hechos u opiniones emitidos y si la información que, en su caso, se ofrezca es o no veraz, habida cuenta de la relevancia de la información que reúne dichas características como base de una sociedad democrática.

[1192] «Es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuren constitucionalmente y en las leyes que lo desarrollen, entre ellos —muy especialmente— a título enunciativo y nunca *numerus clausus,* los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen». (Sentencia TC 223/1992, España, 14 de diciembre de 1992).

[1193] STC 76/2002, de 8 de abril de 2002.

(c) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados, cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, así como el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si este es un medio de comunicación social.

Coincidimos plenamente con Bustos Pueche cuando afirma que el valor especial de la libertad de expresión se garantiza constitucionalmente en razón de una finalidad de relevante importancia, como es la de formar la opinión pública. Al margen de esa finalidad, su protección superlativa no tiene razón de ser.[1194]

(d) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que —en rigor— únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo; ahora bien, esta libertad no protege a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.

(e) Las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse la malicia del informador.

[1194] Bustos Pueche, José Enrique. *¿Prevalece la libertad de expresión al derecho al honor?* Madrid: Tecnos, 1992, p. 22.

Resulta necesario poner de relieve que al tomar como criterio el específico deber de diligencia que incumbe al informador, la doctrina y la jurisprudencia han optado por señalar que tal deber es exigible con diferente grado de intensidad, en función de que la noticia se presente como:

- Una comunicación neutra, en cuanto procediese de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado.

  En este caso, el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración. No es necesario, por consiguiente, constatar la verdad de lo declarado.

- Una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor.

En estos supuestos, por ende, tal responsabilidad solo sería exigible por regla general al autor de la declaración.

De esta forma, dichas pautas permiten observar que el derecho a la libertad de prensa debe circunscribirse a la libertad de poder divulgar una información que debe cumplir al menos con tres requisitos:

- Ha de ser veraz, de acuerdo a lo reseñado con respecto al deber de diligencia.

- Debe tener relevancia pública.[1195]

[1195] El requisito del interés público puede comprenderse mejor desde su aplicación práctica, por lo que optamos por reseñar brevemente un caso en el que el Tribunal Supremo Español utilizó ese criterio para fundamentar su pronunciamiento:

- Debe existir proporcionalidad. Así, a la libertad de expresión se le podrá dar un valor preferente sobre el derecho al honor, siempre y cuando se ejerza de manera proporcionada, la que deberá ser comprobada caso por caso, de tal suerte que si se está ejerciendo proporcionadamente no habrá una lesión al honor o a la intimidad, o una intromisión, justificada por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.[1196] Por el contrario, si se ejerce desproporcionadamente —con calificativos innecesarios para la transmisión de la opinión o información— estaremos ante una intromisión en el honor o la intimidad ilegítima, y, por tanto, no amparable en la eximente completa referenciada.

«Durante la celebración de una boda, encuentran a la novia manteniendo relaciones sexuales en los servicios con una persona que no era su marido. Los medios de comunicación de la localidad donde ocurrieron los hechos divulgan la información, añadiendo además otros detalles sobre el porqué de la actuación de la novia y sus relaciones con su familia política. Al día siguiente, los implicados convocan una rueda de prensa en la que sus abogados niegan rotundamente los rumores.

No obstante, el novio demanda a los diferentes medios por haber vulnerado su derecho al honor. Una vez llegado el caso al Tribunal Supremo, se plantean varias preguntas, entre las que cabe destacar si en el caso concreto tiene que prevalecer el derecho a la información o el derecho al honor.

El Tribunal Supremo no tiene la menor duda en no considerar la actuación de la novia un hecho de relevancia pública, afirmando que la pretensión de los medios era tan sólo la de satisfacer curiosidades malsanas de los lectores y oyentes. Con esto, se concluye que se ha producido la vulneración del derecho al honor.

No obstante, otro de los motivos alegados por los recurrentes sí es estimado. Argumentan que los demandantes han de soportar parte del daño, ya que con la rueda de prensa se ha divulgado aún más la noticia y esto ha agravado el daño. Por esta razón, se anula la sentencia recurrida y se fija una indemnización más baja que la solicitada por los demandantes». (TS 1ª, 23 de abril de 1999).

[1196] Un sector de la doctrina critica severamente la aplicación del principio de proporcionalidad por considerar que permite dejar sin protección el derecho al honor frente a una lesión que se reconoce existió.

Como es evidente, las pautas de ponderación tienen como límites el *animus iniuriandi* y las expresiones ofensivas.

27.16.2.3. Libertad de expresión y derecho al honor

En las situaciones en que estos derechos colisionan, debemos tener presente que la libertad de expresión —en sentido estricto— no equivale a libertad de información y, por ende, no debe exigírsele los mismos requisitos o condiciones para su ejercicio.

Así, no es razonable respecto a la libre expresión del pensamiento o libertad de opinión ideológica, que se cumpla con el principio de veracidad. Sí es exigible, en cambio, que la libertad de expresión sea ejercida sin agravios innecesarios, pues no existe el derecho al insulto.

Esto deja en claro que si para la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión lo esencial es que no se empleen expresiones injuriosas o vejatorias, para la libertad de información resulta, además, decisivo el canon de la veracidad de la noticia y su relevancia para la formación de la opinión pública.

Ello, puesto que, mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y esto hace que al que ejerce la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información.[1197]

Desde esta perspectiva se ha dicho ya, una y otra vez, que «mientras los hechos por su materialidad son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan, por

---

[1197] Tribunal Constitucional Español; STC 223/1992, de 14 de diciembre.

su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud» (STC 107/1988). «Tal diferencia conlleva que la libertad de expresión carezca del límite intrínseco que constitucionalmente se marca al derecho de información, consistente en la veracidad. Esta exigencia no significa que en el supuesto de error se prive de toda protección al informador, sino que se le impone la carga de un específico deber de diligencia, a quien se puede y se debe exigir que los hechos se contrasten con datos objetivos, se comprueben en suma por otras fuentes o cauces. El derecho de todos a la información veraz, del cual son titulares los ciudadanos y los profesionales de los medios, sería defraudado si estos actuaren eventualmente con menosprecio de la realidad de los datos. 'El ordenamiento —dijimos ya— no presta su tutela a quien comunica como hechos simples rumores, o peor a meras insinuaciones insidiosas'» (SSTC 6/1988 y 105/1990).

27.16.2.4. Principales aspectos de la responsabilidad civil por violación al derecho al honor

Por lo expuesto, podemos señalar que el derecho al honor constituye —en sí mismo— un derecho fundamental consagrado como tal en nuestra Constitución Política y en numerosos instrumentos internacionales. Derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás.

Asimismo, el derecho al honor constituye un límite a las libertades de expresión y de información, puesto que impide que puedan entenderse protegidas por aquellas las expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica, o que resulten formalmente injuriosas o despectivas. Ello equivale a decir que esas libertades no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, ya que la Constitución no reconoce ni admite el derecho al insulto.[1198]

En estos supuestos el ordenamiento jurídico brinda medidas a favor de quien sea víctima de alguna agresión a su derecho al honor. Una de estas es la de accionar exigiendo la reparación de los daños y perjuicios que se han tenido que afrontar injustamente. En estos casos, como es evidente, la responsabilidad civil tiene carácter extracontractual.

Quien demanda, esto es, la víctima, es normalmente el lesionado. Debemos recordar, asimismo, que no es lo mismo ser un personaje público, que un personaje que no lo es:[1199]

> (...) aparecen desprovistas de valor, de causa de justificación, las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.
>
> (...) solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

[1198] Tribunal Constitucional Español: STC 84/1992, de 28 de mayo.
[1199] Tribunal Constitucional Español: STC 107/1988, de 8 de junio.

> En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública.
>
> Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente.

Por otro lado, los demandados suelen ser —en el caso de un ejercicio ilegítimo de la libertad de información— los profesionales de los medios de comunicación. No obstante, como señaláramos anteriormente, cualquier persona en general puede ser agente de la agresión al derecho al honor que deriva en el daño injusto indemnizable.

De esta manera, y a grandes rasgos, puede caracterizarse al sujeto activo o agente como toda persona que —bien a través de hechos o de opiniones personales— puede dañar la esfera personal y privada de una persona a través de los diferentes medios que tenga a su alcance.

Siempre que una persona lesiona el derecho al honor de otra, nace la obligación de resarcir el daño causado, independientemente de tomar las medidas oportunas para evitar —en lo sucesivo— la repetición de tales hechos por aquel que los propaga. No cabe duda,

entonces, de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, es innecesaria y supone un daño injustificado a la dignidad de las personas.

Lo expuesto nos conduce a resaltar que además de las pautas que sirven para reconocer cuándo nos encontramos frente a un ejercicio legítimo de las libertades de expresión y de información y cuándo frente a una vulneración del honor, debemos tener en cuenta que dicha vulneración puede materializarse de distintas maneras. La intromisión y afectación al derecho al honor puede, pues, tener diferentes características que nuestro análisis no puede pasar por alto.

La injuria es la ofensa al honor de una persona que está presente y que se puede hacer en privado. Se trata, en definitiva, de un ataque a la honra u honor subjetivo, fama y estimación de las personas.

La difamación es la ofensa al honor de una persona que puede estar ausente, hecha ante otras personas, o la publicación de hechos de menosprecio y rebajamiento ante la opinión pública que son falsos.

Lo relevante en la difamación consiste en la divulgación y publicidad que se hace de un hecho a un tercero. Así, se define como toda información pública tendenciosa en la que se divulgan hechos de la conducta privada o situaciones morales con propósito de desprestigio o descrédito que pueden perjudicar la fama y la imagen.

En otras palabras, la difamación consiste en el atentado contra la reputación de una persona a través de la difusión de una noticia que le atribuye un hecho, una cualidad o una conducta que puede perjudicar o dañar su reputación o su honor.[1200]

[1200] Dentro de la doctrina anglosajona, la responsabilidad extracontractual de la difamación está constituida por dos instituciones. Por un lado, el libelo o *libel*, que supone

La calumnia, por su parte, constituye una denuncia ante una autoridad de un hecho punible que ha sido cometido por el denunciado, con el objeto de perjudicarlo. De esta forma, puede versar sobre la atribución de un delito, o imputación de una falsedad, ya por ser inexistente el delito o por haber intervenido en él la persona imputada.

Al igual que De Trazegnies, creemos importante advertir que, a diferencia de la calumnia, la difamación no se limita a la difusión de informaciones que implican una falsedad con respecto del sujeto difamado. Lo que se difunde puede ser cierto, pero adquiere el carácter de difamación cuando no existe ninguna razón justificada para dañar el honor o la reputación de una persona, revelando circunstancias hasta entonces ocultas. Debemos destacar, asimismo, que pese a que generalmente la difamación se produce por la divulgación de una inmoralidad o tacha, hay ocasiones en las que ello no es así.[1201]

El propio De Trazegnies aclara este tema a través de un ejemplo, al indicar que el hecho de que una mujer haya sido violada, no es una inmoralidad de la víctima ni un hecho moralmente reprobable de ella; sin embargo, su divulgación innecesaria, cuando no era conocido, constituye difamación, pues tiene un efecto probable dentro de nuestro medio —aunque injustificado— de disminuir la estimación de la gente común por la persona que ha sufrido esa vejación.[1202]

Como indicáramos anteriormente, los supuestos de daños al derecho al honor deben resolverse mediante la aplicación de las normas propias de la responsabilidad extracontractual.

---

una difamación a través de un medio relativamente permanente, como el libro, el periódico, entre otros; y la murmuración o *slander*, que implica una difamación a través de un medio pasajero, como la palabra hablada, el gesto, etc. (De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo I, p. 547).

1201 De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, tomo I, pp. 547 y 548.

1202 De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, tomo I, p. 548.

En el caso de las injurias y la difamación se aplica el artículo 1969 del Código Civil, precepto que supone, por ende, que estamos frente a una responsabilidad fundamentada en la doctrina subjetiva, por lo que es necesaria la presencia de culpa o dolo en el agente.

En ese sentido la jurisprudencia nacional ha reconocido, en sus diferentes ejecutorias, que la difamación genera daños al honor, tanto en los casos en que la misma ha sido producida por un particular (que eventualmente pudo haber utilizado un medio de comunicación de masas), como cuando la produjo directamente un medio de comunicación.

La calumnia cuenta con una norma legal específica. Así, el legislador ha previsto en el artículo 1982 del Código Civil, que corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

Este precepto regula una suerte de abuso del derecho de denunciar falsos delitos a la autoridad.

El problema radica en determinar cuándo se presentan las condiciones necesarias para que una denuncia se convierta en calumnia. La norma en cuestión brinda dos criterios: Por un lado, cuando la denuncia se realiza a sabiendas de su falsedad, lo que deja claro la existencia de un elemento subjetivo —y, por lo mismo, difícil de probar— en la conducta del agente, esto es, el dolo. Y, por otro lado, cuando no existía motivo razonable para denunciar, criterio aún más indeterminado por hacer referencia a la razonabilidad.[1203]

1203 De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, tomo I, pp. 552 y 553.

Ya en lo concerniente al daño, en principio parece razonable afirmar que cualquier agresión en el derecho al honor provoca a su titular un daño moral. A decir verdad, esta es la posición que han adoptado tanto la doctrina como la jurisprudencia, admitiendo —por ende— una indemnización en estos casos.

En ese sentido, se ha argumentado que la indemnización desempeña en tales supuestos una función compensatoria para la víctima. Se ha entendido, así, que con el dinero obtenido puede procurarse ciertas satisfacciones que contrapesen los sufrimientos y las sensaciones desagradables. Además, se ha afirmado que la reparación en forma específica no es suficiente para reparar plenamente el daño moral, ya que, por ejemplo, la difusión de la sentencia difícilmente borrará los efectos de una intromisión ilegítima, en tanto la sola duda sobre la verdad de la imputación difamatoria subsistirá en muchas personas.[1204]

De igual manera, también resulta razonable presumir, ante la intromisión ilegítima, la existencia de un daño moral. Esta ha sido la opción adoptada por España, la misma que —en abstracto— rompe con la regla general que señala que el daño causado debe ser cierto y, por ende, probado.

Nosotros entendemos que el juez, al evaluar los hechos, debe considerar la especial naturaleza del derecho al honor, así como sus rasgos particulares que conllevan a que su vulneración suponga —desde la definición misma de este derecho— perjuicios de índole espiritual, moral o psicológico.

[1204] Vidal Marín, Tomás. «El Derecho al Honor y su Protección desde la Constitución Española». Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 216.

Debemos recalcar que una presunción como la esbozada no podría, en ningún caso, alcanzar a los daños patrimoniales que se produzcan como consecuencia de la lesión del derecho al honor.

Con respecto a los criterios para valorar el daño y, por consiguiente, poder establecer la cuantía de la indemnización, debemos señalar como tales las circunstancias del caso concreto, así como la gravedad de la lesión —que dependerán de la difusión del medio—, y los beneficios obtenidos por el causante o agente como consecuencia de la agresión al honor de la víctima.

27.16.3. A modo de conclusión

Lo expuesto nos permite apreciar, nuevamente, lo complejo de las relaciones humanas y de su interacción.

Todos poseemos una serie de derechos, algunos de los cuales —al derivar de nuestra dignidad intrínseca por el simple hecho de ser personas— son considerados como derechos personalísimos, siendo consagrados como derechos fundamentales.

Ningún derecho es absoluto y se presentan ocasiones en que dos o más derechos colisionan.

Ante el surgimiento de este tipo de conflictos, los mismos que pueden derivar en la producción de un daño injusto, la institución de la responsabilidad civil se presenta como un importante instrumento con el que cuenta la víctima.

En el caso especifico de la vulneración del derecho al honor, será necesario tomar en consideración las pautas que hemos dado a lo largo de este Capítulo y que, en principio, suponen determinar si, en efecto, la intromisión es ilegítima y, por ende, si la víctima puede exigir una indemnización.

Dentro de tal orden de ideas, ante la colisión del derecho al honor con las libertades de expresión y de información, será preciso ponderar caso por caso para poder llegar a la conclusión de qué derecho debe prevalecer. La respuesta, en consecuencia, jamás será *a priori*, sino que se requiere de una evaluación de las circunstancias en las que se ha producido el hecho.

Esa evaluación deberá considerar, asimismo, que la intromisión o vulneración puede manifestarse de diferentes maneras y a través de distintos medios.

Y, una vez determinada la antijuridicidad del hecho del agente, se deberán aplicar las normas y principios generales propios de la responsabilidad civil extracontractual, conforme a las pautas que hemos estudiado.

27.17. Responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo

Los cambios y las transformaciones que han sufrido las instituciones jurídicas no son pocos. El Derecho, como mecanismo de mantenimiento de la paz social y de solución de conflictos, ha enfrentado y enfrenta permanentes retos que hacen imposible que se conciba como una disciplina estática.

Esto se ve reflejado, sin lugar a dudas, en el campo de la responsabilidad civil, el mismo que cuenta con una evolución notable como consecuencia de la cada vez más compleja vida moderna. Ante las diversas relaciones jurídicas que se presentan, así como los supuestos de hecho que pueden llegar a configurarse, se han elaborado distintas soluciones que buscan salvaguardar los intereses en conflicto de una manera equitativa o, al menos, eficiente.

La acción civil, en materia de accidentes de trabajo, es una de las más afectadas por el devenir del tiempo y la introducción de nuevos

factores que terminan por hacer aún más intrincadas las relaciones humanas.

Así, en estas páginas estudiaremos algunos de los temas que, a nuestro modo de ver, resultan relevantes en el análisis de la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo. Para ello, vamos a centrar nuestra atención, primero, en los accidentes laborales que impliquen la muerte del trabajador o su invalidez total y permanente. Luego, revisaremos la responsabilidad del empleador ante los accidentes laborales que, sin llegar a ocasionar la muerte o la invalidez total y permanente del trabajador, le ocasionan un daño.

Somos conscientes de que nos encontramos ante un tema amplio y nada simple. Por lo mismo, no pretendemos realizar un estudio exhaustivo, sino más bien un análisis que permita comprender la figura y brindar los criterios adecuados que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar los distintos supuestos que pueden darse en el caso concreto. Por este motivo restringimos nuestro análisis a los accidentes de trabajo propiamente dichos, es decir, a aquellos en los que dichos accidentes se dan en el marco de una relación laboral.

En este sentido, adoptamos el término trabajo en su acepción restringida, considerando como tal únicamente a las ocupaciones que revistan ciertas características, pues solo ellas son objeto del Derecho de Trabajo y, por ende, solo ellas gozan de la protección del mismo. Estas características o requisitos son cuatro, a saber: debe tratarse de un trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado.

27.17.1. Algunas teorías sobre la responsabilidad en materia de accidentes laborales

La aparición de la máquina dio origen a lo que hoy conocemos como revolución industrial, período en que el progreso material de algunos no significaba el progreso social de muchos.

Esta etapa, considerada por ciertos sectores como el siglo de oro del Derecho, en tanto se proclama la igualdad jurídica de las personas, fue, en realidad, una época de grandes injusticias y desigualdades económicas. A la «libertad del individuo se oponía la restricción propia de quien sólo era libre para morirse de hambre».[1205]

De este modo, una de las consecuencias lógicas del maquinismo fue la aparición de un creciente proletariado industrial. Las personas eran vistas, en este contexto, como mano de obra barata, como instrumentos a través de los cuales el empresario lograba generar dinero y acrecentar sus arcas.

Este hecho canaliza una triste afirmación: «Durante el curso de la historia no ha habido supuesto más sencillo y de menor trascendencia jurídica que la muerte de un trabajador en función de su oficio. Se parte el andamio, explota la caldera, se desprende el cable, se producen gases mefíticos y quedan heridos o muertos unos cuantos obreros. Bien. ¿Pueden ellos o sus causahabientes demostrar que el suceso ocurrió por culpa del patrono? ¿No? Pues entonces no ha pasado nada. Que curen a los heridos (por cuenta de ellos, naturalmente); que entierren a los muertos (en sepultura, si la costean los familiares, y en el hoyo grande, si va a la cuenta del Concejo); que arreglen el artefacto estropeado ... y a vivir. Por algo seguimos acogidos a preceptos justinianeos del tiempo en que no había obreros, sino esclavos. El patrono no ha faltado a ningún contrato ni incurrido en ninguna culpa. ¿Con qué derecho se le puede pedir nada? Si el obrero piensa otra cosa, que promueva un pleito y demuestre la culpa de su principal. ¡Cosa tan sencilla, tan rápida y de éxito tan claro

[1205] Rodríguez Saiach, Luis A. *La acción civil en accidentes de trabajo.* Buenos Aires: Círculo Carpeias, 1986, pp. 30 y 31.

como es para un jornalero sostener un juicio ordinario contra su patrono!».[1206]

Aquella dura realidad empezó a cuestionarse hacia finales del siglo XIX, lo que conllevó a la elaboración y entrada en vigencia de sucesivas leyes que buscaron brindar una mayor protección al trabajador. Una de las figuras que debió modificarse completamente fue la de la responsabilidad.

Los juristas, entonces, construyeron diferentes teorías en torno a este tema, todas con el objetivo de llegar a una solución más humana y equitativa. Se planteó, de esta forma, la teoría de la falta contractual, que buscaba superar la helada tesis de la culpa extracontractual.

Según la teoría contractual, además de la obligación de pagar un salario, el empresario posee otra obligación que, pese a ser implícita, es también evidente: garantizar la seguridad del obrero.

De igual manera, como complemento de la doctrina anterior, se sostuvo la inversión de la carga de la prueba, por la cual se presume la culpa del empleador, teniendo este —y no el trabajador— que demostrar que no la tiene.

Asimismo, un sector de la doctrina y de la legislación optó por una teoría mixta, conjugando la responsabilidad *ex lege* cuando los daños provenían del dolo o de la culpa y la *ex contractu* para los originados sin culpa de nadie, quedando exceptuados solo los de fuerza mayor y culpa del lesionado.[1207]

[1206] Ossorio y Gallardo, Ángel. «El hecho, generador de obligaciones». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Año LXXXIII. *Op. cit.,* tomo 164, pp. 266 y 267.

[1207] Ossorio y Gallardo, Ángel. «El hecho, generador de obligaciones». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Año LXXXIII. *Op. cit.,* tomo 164, p. 267.

Por su parte, los defensores de la tesis del caso fortuito afirman que el patrono, en la medida que se aprovecha de las utilidades de la producción, debe soportar todos los accidentes que ocurren. La responsabilidad del empleador abarca, por lo tanto, los accidentes que ocurren tanto fuera como dentro de la industria, ya sea que emanen de su culpa personal o que se generen de una situación fortuita.[1208]

Aparece luego, como solución, la teoría del riesgo profesional. Dicha doctrina proclamada en Francia en el año de 1868 por el ilustre jurista Jules Favre, se fundamenta en la idea de que el riesgo es inherente a toda actividad empresarial y, por consiguiente, el empresario debe asumir todos esos riesgos y no debe rehuir el riesgo de los accidentes.

Como anota Rodríguez Saiach:[1209]

> Hace muchos años y con razón decía Duguit que el dominio de la responsabilidad subjetiva, se reduce cada vez más, que el principio de la imputabilidad no puede intervenir cuando se trata, no de relaciones de individuo a individuo, sino de relaciones de grupos entre sí o de relaciones de grupos con individuos. Entonces lo que se plantea es una cuestión de riesgo. Se trata de saber cuál es el patrimonio que debe, en definitiva, soportar el riesgo que entraña la actividad del grupo considerado. Puede entonces nacer una responsabilidad objetiva.[1210]

27.17.2. Derecho Civil y Derecho del Trabajo

Las nuevas situaciones y conflictos de intereses surgidos como consecuencia de la Revolución Industrial y la problemática de la clase asalariada, no encontraban una solución adecuada dentro de la lógica y

[1208] *Idem.*
[1209] Rodríguez Saiach, Luis A. *Op. cit.*, p. 32.
[1210] Dicha objetividad —como veremos luego— no prima en todos los casos.

la racionalidad del Derecho privado. Así lo señala Javier Neves,[1211] al revisar el nacimiento de esta disciplina jurídica:

> El Derecho del trabajo nace como un desprendimiento del Derecho Civil en razón de que los principios que inspiran a este último no pueden ser de aplicación al campo de las relaciones laborales. Efectivamente, el ordenamiento civil se fundamenta en la autonomía privada de las partes y la igualdad entre los sujetos que deciden relacionarse contractualmente. Principios que aplicados a las relaciones entre patrono y empleado resultan inequitativos pues ambos sujetos no se encuentran en igualdad de condiciones para negociar, la balanza se inclina siempre a favor del primero.
>
> En ese marco y como consecuencia de la presión ejercida por medio de la organización sindical, el Estado se vio forzado a abandonar su abstención en la determinación del contenido de los derechos y obligaciones de los sujetos laborales individuales. El contrato que vinculaba al trabajador con el empleador, denominado entonces como arrendamiento de servicios, fue extraído del Derecho Civil y ajustado a valores distintos, dando lugar al contrato de trabajo y al Derecho laboral.
>
> De esta forma, tenemos que los supuestos del Derecho laboral son distintos, pues allí se entiende que los sujetos de la relación son materialmente desiguales, pues uno tiene poder económico y el otro no. Así, pese a que la autonomía privada individual constituye el vínculo entre las partes, la regulación se encuentra limitada desde afuera por la ley que fija beneficios mínimos a favor del trabajador. Ello, pues el Derecho del trabajo tiene como finalidad el compensar las desigualdades reales existentes entre las partes, protegiendo al trabajador.
>
> El ordenamiento laboral en su conjunto cumple así la función de regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola pero controlándola, y de encauzar los con-

[1211] Neves Mujica, Javier. *Op. cit.*, pp. 9 y ss.

flictos individuales y sociales que se originan en esa relación. Esta función se adapta a las diversas circunstancias en las que debe ejercerse, como pueden ser los distintos niveles de desarrollo económico o las diferentes situaciones de expansión o de crisis económicas, pero se mantiene inalterada su esencia.[1212]

Dentro de este orden de ideas, se ha entendido la importancia del carácter tuitivo del Derecho Laboral, comprendiendo, a su vez, que el trabajo es un bien humano. El hombre no es un instrumento sino un fin en sí mismo, por lo que hay que considerar el trabajo asegurando la subjetividad del ser humano en la vida social. No debemos olvidar, tampoco, que las relaciones laborales son, ante todo, relaciones entre hombres, por lo que el progreso debe medirse sobre la base de una apreciación global y no solo a partir de beneficios económicos a favor del empresario.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) subraya, al respecto, tres instrumentos internacionales adoptados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y que se han referido a distintos temas del Derecho Laboral:

- En 1948, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;
- En 1969, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos;
- En 1988, el Protocolo de San Salvador, que complementa la Convención Americana en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales.

[1212] Neves Mujica, Javier. *Op. cit.*, p. 11.

En estos, además de hacer hincapié en la relevancia del trabajo como derecho y deber de toda persona, se refiere, entre otros conceptos, a la seguridad e higiene ocupacional. Asimismo, también es objeto de tratamiento el derecho a la seguridad social, tanto de manera general como en forma específica, en lo que respecta a subsidios por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, indemnización por lesiones o enfermedades de trabajo, atención médica, protección contra la desocupación y protección contra la vejez.

La Constitución Peruana de 1993 no deja de pronunciarse sobre el tema, resaltando tanto la importancia del trabajo como la función de la seguridad social.[1213]

[1213] Así, la Constitución Política del Perú dispone lo siguiente:
Artículo 22.- «El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona».
Artículo 23.- «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.
El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.
Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.
Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento».
Artículo 10.- «El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida».
Artículo 11.- «El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento».
Asimismo, vale la pena destacar, en materia de seguridad social, el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (Decreto Supremo N.° 009-97 SA), publicado el 9 de setiembre de 1997) en el que se establecen sus principios:
Artículo 1.- «La Seguridad Social en Salud se fundamenta en los principios constitucionales que reconocen el derecho al bienestar y garantizan el libre acceso a prestaciones de salud a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas. Se desarrolla en un

En este punto nos parece apropiado recordar algunas expresiones contenidas en el informe que presentara Elsa Baca Córdova[1214] en la Mesa Redonda Regional Latinoamericana para Representantes de los Trabajadores sobre la Reforma de los Programas de Pensiones, organizado por la Oficina Central del Trabajo:

> La búsqueda de la Seguridad Social es, y ha sido, el móvil de la acción humana en todos los tiempos. En la evolución de los pueblos siempre ha estado presente el interés por establecer modos que le proporcionen seguridad para el futuro, garanticen su bienestar presente y reivindiquen su anhelo de justicia. De esta manera se llegó a la creación de los primeros seguros sociales, cuya atención se centraba en la necesidad de resolver los problemas de inseguridad de la clase trabajadora, como consecuencia del desarrollo industrial y la presencia de enfermedades, accidentes de trabajo, invalidez y desempleo.
>
> Es por ello que la Seguridad Social en cualquier parte del mundo debe de suponer en primer lugar el reconocimiento de un derecho a un mínimo de garantías sociales, siendo así entonces los principios de la seguridad social originales frente a la crisis que viven nuestros países, estos están más vigentes que nunca, y no solo para enunciarlos sino para practicarlos. Una Seguridad Social con los principios fundamentales básicos frente al pensamiento neoliberal de nuestros días, se hace más necesaria, para no excluir a los pobres del mundo que somos la mayoría en la tierra [...].
>
> Entonces, debe existir un vínculo entre el hecho económico y el social y tienen que ser considerados los principios de universalidad, integridad, solidaridad, unidad, participación, irrenunciabilidad, reajustabilidad, internacionalidad, obligatoriedad, subsidiariedad y autonomía.
>
> Siendo la Salud y la Seguridad Social un derecho de todos, ellos deben ser considerados como primera prioridad, y no como realidades particulares. Esta debe encuadrarse en un concepto que tenga como objetivo el promover el respeto amplio del conjunto de derechos que tiene la persona humana. Por lo tanto, también es importante promover el derecho a la educación, al trabajo, a la vivienda, etc., y en general el respeto a todos y cada uno de los derechos humanos.
>
> Para ello el Estado debe cumplir su responsabilidad constitucional, más aún cuando en nuestro país de aproximadamente 23 millones de habitantes, de los cuales más de la mitad son pobres y casi 5.000.000 en extrema pobreza. Del mismo modo aproximadamente 3.000.000 de asegurados en el IPSS incluyendo los pensionistas.

marco de equidad, solidaridad, y eficiencia. Se orienta hacia el logro de la universalidad en el acceso a los servicios de salud a fin de cubrir a toda la población.
El Estado promueve los sistemas de previsión para la salud y la integración de esfuerzos de las entidades que brindan servicios de salud, cualquiera que sea su naturaleza.
El Ministerio de Salud (MINSA) tiene a su cargo los regímenes estatales de salud pública colectiva, así como el régimen estatal de atención integral individual de salud a la población de escasos recursos, mediante el cual se garantiza servicios de salud para quienes no gozan de los recursos necesarios para pertenecer a los regímenes contributivos. Dichos regímenes funcionan con arreglo a sus propios reglamentos, se financian con recursos provenientes del Tesoro Público, Ingresos Propios y de otras fuentes, y brindan atención a través de la red de establecimientos del Estado así como mediante otras entidades públicas o privadas que cuentan con convenios para tal efecto».

[1214] BACA CÓRDOVA, Elsa. Informe del Perú, en la Mesa Redonda Regional Latinoamericana para Representantes de los Trabajadores sobre la Reforma de los Programas de Pensiones, organizado por la Oficina Central del Trabajo en el año 1998.

27.17.3. Indemnización por muerte o por incapacidad total y permanente del trabajador

Ahora bien, el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social confluyen en el campo de los accidentes laborales. Como hemos tenido ocasión de mencionar, dichos accidentes representaron el primer riesgo que históricamente implicó la aparición de normas modernas de seguridad social.

Afirma García Oviedo,[1215] sobre este punto, que la legislación social comenzó en función de estos accidentes. El citado profesor ex-

[1215] Citado por RODRÍGUEZ SAIACH, Luis A. *Op. cit.*, p. 35.

presa que fue una razón sentimental la que movió el ánimo del legislador para otorgar la primicia de sus labores a esta parte del Derecho obrero, esto es, remediar la situación en que podría quedar el trabajador víctima de un accidente de oficio. De allí que se crearan normas con el objeto de borrar el doloroso contraste que la realidad mostraba entre el obrero muerto o incapacitado por acto de trabajo y la empresa a la que había servido, desligada de toda responsabilidad y entregada a su actividad normal.

Hoy los accidentes no dejan de ser un factor destacado dentro de la dinámica laboral, social y económica, en la medida que suponen pérdidas, casos fatales y perjuicios de orden no solo patrimonial, sino también personal, respecto al accidentado y su familia.

Pero, ¿qué debemos entender como accidente de trabajo?

La respuesta la hallamos en la legislación laboral. De este modo y según el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, entendemos por accidente de trabajo a toda lesión corporal producida en el centro de trabajo o con ocasión de las labores para las cuales ha sido contratado el trabajador, causada por acción imprevista, fortuita u ocasional, de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad y que pueda ser determinada por los médicos de una manera cierta.[1216]

[1216] Más allá de esta definición dada por nuestra normativa, creemos que los accidentes pueden darse por diversos motivos que no tiene caso analizar en estas páginas. Basta con decir que —por regla general— no son casuales, sino que se causan. Es en ese sentido que una política de prevención es una medida que no puede pasarse por alto. Tal como señala Rodríguez Saiach, en materia de accidentes también está el hombre frente a nosotros, es el obrero quien se accidenta. Además, todo accidente puede imputarse, directa o indirectamente, a fallas humanas. El hombre no es una máquina y, por ende, su rendimiento no puede predecirse totalmente.

Partiendo de lo expuesto hasta este punto, podemos entender que en los casos en que el accidente ocasione la muerte o la incapacidad total y permanente del trabajador, este debe tener derecho a recibir una indemnización.

La ley le otorga como uno de sus beneficios sociales el derecho a un seguro de vida a cargo de su empleador, de modo que esté protegido frente a esas contingencias. En caso que el trabajador sufra un accidente que le ocasione invalidez total y permanente, tendrá derecho a cobrar el capital asegurado en sustitución del que hubiera originado su fallecimiento.[1217]

Ese derecho supone, como contrapartida, la obligación del patrono de tomar la póliza de seguro de vida y pagar las primas correspondientes.

Si analizamos dicha obligación tomando como premisa lo desarrollado en páginas anteriores, no es difícil concluir que aquello no es sino la solución que ha encontrado el Derecho Laboral para brindar protección al trabajador y su familia.

El Derecho del Trabajo ha incorporado los principios de la justicia social, la equidad y la buena fe. Es por ello que el análisis debe hacerse a la luz de estos principios, en el plano de la juridicidad y de la legalidad, para entender que la ley crea una responsabilidad más para el empleador, dado el carácter tuitivo y el deber de solidaridad que campea en el Derecho Laboral, no haciendo solo una relación entre el hecho antecedente (incapacidad absoluta o muerte del trabajador) y el hecho consecuente (prestación a cargo del empleador: pago de indemnización) que en principio no se corresponden.[1218]

[1217] La certificación de la invalidez será expedida por el Ministerio de Salud o los Servicios de la Seguridad Social.

[1218] Rocco, Emma Adelaida. *Responsabilidad del empleador e incapacidad absoluta del trabajador*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1987, p. 47.

Lo que hace la ley en estos supuestos es imputar al empleador el deber de indemnizar al trabajador sin tomar en consideración si hubo culpa o no de aquel.

Como enseña Emma Rocco:[1219]

> El origen de la obligación de indemnizar del empleador es exclusivamente legal: es una obligación *ex lege*: sin necesidad de culpa probada o presumida, en otras palabras, independientemente de toda idea de culpa. La ley determina, entonces, el alcance de la obligación y el monto de la indemnización (...).
>
> La obligación de reparar, en consecuencia, nace no de una falta o culpa sino del daño que comporta una injusticia que debe ser reparada, la fuente de la misma no es la responsabilidad por culpa de su autor sino la imposición legal. Al decir de Savatier 'todo daño accidentalmente sufrido por un individuo o grupo de individuos, debe, en una sociedad bien constituida, encontrar una reparación asegurada'.

En otras palabras, el empleador, pese a no ser necesariamente culpable, debe indemnizar al trabajador —o a su familia de ser el caso— sin adoptar consideraciones subjetivas. Lo que tiene importancia es el hecho material en sí, el daño sufrido por el trabajador.

De allí que podamos concebir tal obligación de indemnizar como un imperativo de justicia distributiva. Existe un daño que debe ser reparado y el empleador se encuentra en mejores condiciones para responder, toda vez que, asimismo, es el sujeto encargado de asumir los riesgos de la actividad empresarial, uno de ellos: este tipo de accidentes.

La posición adoptada por nuestro ordenamiento legal no supone como factor de atribución ni la culpa ni el dolo. Más bien, puede decirse que se ha tomado la tesis del riesgo creado. Podemos agregar que el legislador, al optar por dicha tesis, ha considerado dentro de su razonamiento los principios y valores que informan al Derecho Laboral.[1220]

[1219] Rocco, Emma Adelaida. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

No siendo nuestro propósito un examen exhaustivo respecto a cada norma que puede invocarse con relación a este tema, nos limitamos a mencionar que es el Derecho Laboral el encargado de regularlo.[1221] Además de lo visto con respecto al fundamento de la figura, debemos mencionar que con el objeto de alcanzar un equilibrio adecuado que permita a los empresarios ejercer su actividad sin temor de los posibles acontecimientos y accidentes que pudieran presentarse, da como solución la figura del seguro obligatorio. Dicho mecanismo permite, de igual manera, evitar que el trabajador o sus causahabientes deban probar la culpa del empleador o la cuantía de los daños sufridos. La cantidad a la que asciende la reparación se encuentra normada en la misma ley.

Es de destacar que en determinados casos se exige al empleador recurrir a la figura del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Tal sistema especializado del Seguro Social de Salud otorga cobertura adicional a los afiliados regulares que laboran en actividades de alto riesgo, brindando prestaciones de salud, pensión de invalidez temporal o permanente, pensión de sobrevivencia y gastos de sepelio derivados de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales no cubiertas por el régimen de pensiones a cargo de la ONP y/o AFP.[1222]

[1220] Bajo esa perspectiva, no es descabellado pensar que este tipo de responsabilidad se proyecta también al deber de garantía que tiene todo empleador con respecto a sus trabajadores, y a la noción de culpa social.

[1221] Entre otras normas, podemos remitirnos a las siguientes:
- Ley de Consolidación de Beneficios Sociales y su Reglamento.
- Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su Reglamento.

[1222] En este supuesto, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la

27.17.4. Responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo cuando media culpa del empleador

Asimismo, existe la posibilidad de que el trabajador que ha sido víctima de un daño mediando culpa de su empleador, reclame a este una indemnización, para lo cual se aplican los preceptos del Derecho Civil. Ello, en virtud de lo dispuesto por las propias normas laborales que posibilitan que el trabajador accione en la vía civil cuando el empresario no cumplió con las obligaciones que le imponen las leyes sobre seguridad social. Para tal efecto, es necesario que se presenten los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

El Derecho Civil, por antonomasia, es el Derecho común. Él resulta aplicable en el ámbito de los distintos Derechos especiales en caso de carencia de normas, en tanto dichos Derechos especiales no son sistemas o ramas dotadas de integridad.[1223]

En el caso de la responsabilidad civil, hemos comprobado a lo largo de nuestro estudio la capacidad de esta figura para adaptarse a diferentes escenarios y ser de aplicación en todos ellos. Asimismo, hemos comprobado que ello es posible en la medida en que la citada institución jurídica, si bien sobre la base de los principios generales dados por nuestro Código Civil, va adquiriendo ciertos matices que determinan los criterios a considerar al momento de evaluar los casos concretos.

---

entidad empleadora que no cumpla con inscribirse en el referido Registro o con la contratación del Seguro Complementario de Riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligada, o que contrae coberturas insuficientes, será responsable frente a ESSALUD o a la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán en caso de siniestro al trabajador afectado, independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador por los daños y perjuicios irrogados. Esto supone que del ámbito del Derecho Laboral es posible recurrir al Derecho Civil ante el incumplimiento del empleador.

[1223] Rocco, Emma Adelaida. *Op. cit.*, p. 41.

Partiendo de estas premisas, así como de lo esbozado en los puntos anteriores, vamos a realizar una breve reflexión crítica respecto a los factores que integran un examen adecuado de la responsabilidad civil del empleador cuando media un comportamiento culposo de su parte.

Resulta interesante revisar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la cual se ha pronunciado sobre este tema, sosteniendo la improcedencia de la responsabilidad civil en el campo laboral:

> Diferente de la responsabilidad civil viene a ser la responsabilidad proveniente de accidentes de trabajo, pues la legislación social que hoy rige las relaciones obrero-patronales tiene sus propios principios y fundamentos, de tal manera que una y otra se encuentran disciplinadas igualmente de manera diversa. El derecho laboral —ha dicho la doctrina de la Corte—, al erigirse en disciplina autónoma, opera con criterios propios, orientados a la protección de las clases trabajadoras y que han determinado el establecimiento de prestaciones adicionales al salario a favor de éstos y a cargo de los empresarios que utilizan sus servicios, tales como los auxilios por enfermedad, por cesantía, las pensiones de jubilación, la indemnización por accidentes de trabajo, etc. Pero, estas prestaciones sociales son extrañas a la idea de responsabilidad civil [...]; se trata de obligaciones no extracontractuales, sino impuestas imperativamente por la ley como propias del contrato de trabajo y, por consiguiente, su fuente no es la responsabilidad aquiliana con la que nada tiene que ver [...].
>
> Dentro del marco de la responsabilidad laboral, se tiene que al patrono le incumbe el deber de protección y seguridad del trabajador, de tal manera que corre de su cargo tomar las medidas necesarias tendientes a precaver cualquier accidente. Por tal virtud, según la legislación del trabajo, le incumben al patrono obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores y por ende le corresponde a aquél procurarle a éstos los elementos adecuados de protección contra los accidentes.[1224]

[1224] Vargas Abad, Alfredo. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional con culpa del empleador*. Santa Fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1991, pp. 37 y ss.

Como se desprende de los fragmentos transcritos, dicha Corte ha optado por sentenciar que la responsabilidad laboral posee una identidad propia que es exclusiva y excluyente de la responsabilidad civil. Pese a que no deja de ser interesante aquel razonamiento, no es compartido por nosotros.

A nuestro modo de ver, la responsabilidad civil sí tiene cabida. Nuestra legislación también así lo afirma. No obstante, aquella responsabilidad no puede orientarse sin tomar en cuenta la especial naturaleza de las relaciones laborales.

De esta forma, consideramos que la aplicación de la responsabilidad civil en materia de accidentes de trabajo debe ajustarse a los límites generales de aplicación de las normas civiles al Derecho de Trabajo; a saber:[1225]

- La existencia de una norma laboral expresa distinta.
- La incompatibilidad de la norma civil (incluso en el supuesto de carencia de norma laboral con los principios generales-especiales del Derecho del Trabajo).

Dicho esto, debemos determinar si nos encontramos dentro de un supuesto contractual o dentro de uno extracontractual.

Resulta evidente que si hablamos de una relación laboral, nos encontramos, a su vez, frente a una relación en la que media un vínculo jurídico contractual. Este vínculo se establece sin perjuicio de que no exista un documento firmado, pues en las relaciones laborales prevalece el principio de la primacía de la realidad.

[1225] Rocco, Emma Adelaida. *Op. cit.*, p. 42.

La responsabilidad, para configurarse como tal, requiere la concurrencia de sus elementos constitutivos: el incumplimiento contractual, el factor de atribución, el daño y el nexo causal entre este y la conducta del agente.

Habrá incumplimiento contractual cuando no se cumpla con lo establecido expresamente en el contrato de trabajo, o no se cumpla con las normas imperativas que señala la ley y que forman parte integrante de la relación jurídica laboral.

En cuanto al factor de atribución, debemos partir de la teoría subjetiva, en la medida que no existe una norma expresa que indique otra cosa. De esta forma, en tanto la legislación laboral no impone al empleador la obligación legal de reparar el daño sufrido por el trabajador remitiéndonos simplemente al ordenamiento civil, es este el factor que debe primar.

Lo relevante en este punto es determinar qué grado de culpa determina la imputación de la responsabilidad. Para ello tenemos que considerar que el contrato de trabajo es aquel contrato oneroso, bilateral y sinalagmático que constituye objeto del Derecho Laboral.

Ahora bien, en tanto el Derecho Laboral se encuentra conformado por normas diseñadas para proteger y defender al trabajador, no podemos concluir otra cosa que no sea que, de existir culpa, en cualquiera de sus grados, el empleador debe responder, pues la propia naturaleza de las relaciones exigen al empresario una conducta especial en materia de prevención de riesgos.

Cabe destacar, en este extremo, que para que el accidente adquiera carácter laboral el trabajador no debe haber actuado con culpa grave o con dolo. Si en cambio el accidente tiene como causa la culpa leve del trabajador, el accidente sí se considera profesional, de concurrir los demás elementos de su definición; y si interviene la culpa del empleador, este deberá de indemnizarlo.

El grado de culpa del trabajador interesa en la calificación que al hecho riesgoso deba dársele, de profesional o no, y por ello afecta el examen que sobre el caso concreto se efectúe. Primero, cuando no sea grave para establecer que el accidente es laboral; y, segundo, para establecer en el campo probatorio, la participación de la culpa leve o levísima del trabajador en la ocurrencia del daño, con el fin de disminuir por compensación la responsabilidad del empleador o exonerarlo porque la culpa de aquel fue la única causa del riesgo.[1226]

En lo concerniente al daño y al nexo causal, debemos remitirnos a los principios generales de responsabilidad. De esta manera es necesario que la conducta culposa o dolosa del empleador sea la causa generadora del riesgo profesional que da origen al accidente.

Ello reviste mayores complicaciones cuando no solo interviene, en la producción del daño, la conducta del empleador, sino que participan otros factores. De esta manera, habrá que analizar en cada caso si existe responsabilidad del empleador por actos de terceros, por concurrencia de culpa de la víctima y por actividades catalogadas como peligrosas o riesgosas.

27.17.5. A modo de conclusión

Nadie puede cuestionar lo complejas que son las relaciones humanas y los nuevos retos a los que el Derecho debe enfrentarse en busca de remedios a conflictos de intereses que en ocasiones parecen irreconciliables. Los intereses de los trabajadores y la búsqueda de utilidades por parte de los empresarios se configura en una de las luchas más representativas de nuestro tiempo.

La misma desembocó en el nacimiento de una nueva disciplina jurídica: el Derecho Laboral. De igual modo, tal nacimiento implicó

[1226] Vargas Abad, Alfredo. *Op. cit.*, p. 33.

profundos cambios respecto de la figura de la responsabilidad civil, la misma que ha tenido que adaptarse con el devenir de la historia.

En realidad, esa adaptación supuso el nacimiento de la responsabilidad en el campo laboral como mecanismo propio de esta rama del Derecho. Tal responsabilidad responde a la también peculiar racionalidad en la que se sostienen las relaciones laborales.

En los supuestos donde los accidentes causan la muerte o la incapacidad total y permanente del obrero, la imputación del empleador del deber de indemnizar tiene como base la misma ley, la idea del riesgo profesional y la noción de justicia distributiva. Esta última se manifiesta a través del seguro de vida obligatorio.

La propia ley es la que, además de establecer el monto de la prima, decide la reparación, determinando —de ese modo— la cobertura, el alcance y el valor de la indemnización por el daño causado.

Como expresa Rodríguez Saiach,[1227] la tarifa se ha revelado insuficiente, tasar la reparación por la pérdida de un brazo o de la vida puede resultar práctico y hasta cómodo e incluso evita o exime de probar; sin embargo, no es necesariamente justo en todos los casos.

Con respecto a los supuestos en que cabe la acción de responsabilidad civil, creemos que la misma debe considerar los principios del Derecho Laboral a la hora de la evaluación del caso concreto. El examen del hecho debe partir de los principios generales de la responsabilidad civil, pero sin dejar de considerar las especiales características de la relación laboral. Solo así se llegará a un pronunciamiento equitativo.

[1227] Rodríguez Saiach, Luis A. *Op. cit.*, p. 7.

En este sentido, no resulta coherente una evaluación que olvide el carácter tuitivo de aquella rama del Derecho. Si bien el ordenamiento civil se funda en la igualdad jurídica de las partes contratantes, en los supuestos materia de este Capítulo se deben considerar también las desigualdades materiales evidentes, así como las nociones esenciales de justicia social y de riesgo profesional.

Los problemas relativos a accidentes del trabajo requieren de una solución que no puede encontrarse a partir de un punto de vista único. Es necesaria una visión conjunta del conflicto, integrando principios de ambas ramas del Derecho.

27.18. Responsabilidad civil derivada de los actos celebrados por los representantes o apoderados

Nadie cuestiona que el acto jurídico es el instrumento principal a través del cual las personas regulan sus propios intereses en ejercicio de su autonomía privada. Por regla general, y como consecuencia lógica de esta premisa, existe identidad entre la parte formal y la parte sustancial.

Sin embargo, hay circunstancias en las cuales el titular del interés regulado, al no poder atender de manera personal sus asuntos, hace uso de la figura de la representación,[1228] por lo que dicha identidad no se configura.

En términos generales, podemos definir a la representación como la institución jurídica mediante la cual un sujeto, denominado representante, puede celebrar actos jurídicos en nombre y en interés de

[1228] El primer párrafo del artículo 145 del Código Civil Peruano de 1984 señala claramente que el acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

otro sujeto, que recibe el nombre de representado. Se trata de una modificación de las consecuencias naturales del acto jurídico, en tanto el sujeto que realiza la declaración de voluntad y, por ende, celebra el acto jurídico, es distinto al que recibe los efectos del mismo.

Como afirma Idrogo Delgado,[1229] citando a Stolfi, la representación implica «la sustitución de la voluntad de una persona por la de otra en la constitución o formación del acto jurídico. Pero porque el representante, además de declarar su propia voluntad especifica que lo hace por cuenta de otro y porque los efectos del acto se verifican inmediata y exclusivamente con respecto al otro, como enfatiza el autor italiano».

La representación, como fácilmente puede inferirse de su definición, es de innegable utilidad; no obstante, también puede generar conflictos y controversias.

Esta figura da lugar al nacimiento de un intrincado sistema de relaciones, el mismo que —básicamente— puede resumirse de la siguiente manera:

- La relación entre el representado y el representante.
- La relación entre el representante y el tercero contratante.
- La relación entre el representado y el tercero contratante.

Dentro de este contexto es posible que se configure un supuesto de responsabilidad que dé lugar a la obligación de indemnizar por parte de uno de los sujetos involucrados. En las siguientes páginas analizaremos brevemente estas posibilidades con respecto del repre-

[1229] Citado por Idrogo Delgado, Teófilo. *Teoría del acto jurídico.* Lima: MARSOL, 1993, p. 52.

sentante, ya sea que se trate de una representación directa voluntaria o de una legal. Con este objetivo revisaremos primero algunas nociones básicas de esta institución.

27.18.1. Aspectos generales de la representación

27.18.1.1. Importancia y fundamento

Esta figura posee una gran importancia dentro del tráfico mercantil y jurídico. Su utilidad práctica es innegable, puesto que permite que un sujeto que no puede celebrar por sí mismo un acto jurídico —ya sea por encontrarse impedido de hacerlo por alguna razón ajena a su voluntad o simplemente por desearlo así— pueda ser representado por otro sujeto y, de esa manera, tutelar sus intereses.

Como expresa Aníbal Torres Vásquez:[1230]

> La función principal del ordenamiento jurídico consiste en dar una respuesta o solución a una serie de problemas sociales; cuando un conjunto de problemas sociales típicos son regulados por el Derecho, la realidad socio–económica se institucionaliza. La institución, en cuanto realidad social regulada por el ordenamiento jurídico, constituye un instrumento de dinamización de la vida jurídica y de apertura de nuevas posibilidades. La institución jurídica de la representación aparece como una respuesta del ordenamiento jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los intereses ajenos.

Lo señalado sintetiza, a grandes rasgos, no solo la relevancia de esta figura sino también su fundamento.

De este modo, coincidiendo con un sector mayoritario de la doctrina, podemos sostener que la representación se fundamenta en la cooperación jurídica que brinda un sujeto a otro que no puede o no desea realizar directa o personalmente un acto jurídico. Por consiguiente, la representación se basa en la idea de la solidaridad humana.

[1230] Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico.* Lima: San Marcos, 1998, p. 268.

27.18.1.2. Evolución histórica

La representación, como todas las figuras jurídicas en general, no ha permanecido inmutable al paso del tiempo. Es así que la representación, tal y como es concebida en el Derecho moderno, es el resultado de un proceso de evolución en el que su contenido ha ido ajustándose a las nuevas situaciones de modo que resulte útil aplicarla.

En el Derecho Romano, por la misma estructura y principios de su ordenamiento, la representación no implicaba que los efectos jurídicos —consecuencia de la celebración del acto— recayeran directamente en la esfera del representado.

Si bien existía la representación legal, en tanto los *alieni iuris,* al no tener libertad o autonomía dependían de los *sui iuris* o *paterfamilias,* por lo que surgieron la patria potestad, la tutela y la curatela, los efectos recaían en la persona que celebraba el acto jurídico.

A decir de Torres Vásquez:[1231]

> El contrato era un acto personalísimo, intransferible y formalista que no permitía admitir como propia la voluntad emitida por otra persona. El acto jurídico solamente era eficaz frente a quien o a quienes habían observado las formas rituales establecidas. No era posible el efecto jurídico directo entre el representado y el tercero con quien el representante había contratado.

Sostiene la doctrina que bajo esta misma lógica, el contrato de mandato utilizado en Roma tampoco generaba representación, en el sentido que hoy la conocemos. La relación entre el mandante y el

[1231] *Ibidem,* 274.

mandatario no era conocida por el tercero. Así, quien quedaba vinculado era el mandatario, sobre el cual recaían todos los derechos y las obligaciones que emanaban del acto jurídico que celebraba, por lo que era necesario celebrar un nuevo contrato en virtud del cual le transfiriera aquellos al mandante.

Las desventajas que emanan de este doble acto pueden percibirse a simple vista, toda vez que se trata de un procedimiento inconveniente y riesgoso.

Fue el Derecho Canónico el que elaboró el concepto moderno de representación, entendiendo que en la celebración del acto jurídico estaba presente la voluntad del representante y, no obstante ello, los efectos recaían en la esfera del representado.

A decir de los autores consultados, este avance adoleció de un defecto, pues los juristas de los siglos XVII y XVIII estructuraron la teoría de la representación a expensas de las reglas particulares del mandato, llegándose a producir confusiones. Las mismas se plasmaron en el Código Francés de 1804 que trató ambas figuras de forma unitaria. Esto trajo consigo que los Códigos Civiles que se elaboraron bajo la influencia de aquel, también optaran por regular la representación con relación al contrato de mandato.

El modelo que prevaleció en este período se caracterizó, en consecuencia, por no desarrollar una teoría autónoma de la representación.

Así, nuestros Códigos Civiles de 1852 y de 1936 siguieron ese modelo, legislando la representación legal en lo relativo a tutela, curatela, patria potestad y sociedad conyugal; mientras que la representación voluntaria fue regulada en el contrato de mandato.

Ya a mediados del siglo XIX, la escuela pandectística alemana inicia una revisión del contrato de mandato y de la representación, la misma que concluye en el tratamiento jurídico diferenciado de cada

figura. Se sostiene, entonces, que mandato y poder pueden coincidir, pero todo mandatario no está autorizado para actuar como representante del mandante. Para ello hace falta un poder. Esta nueva manera de concebir y regular la representación es la asumida por los Códigos Civiles modernos.

Con esta nueva perspectiva, la representación se convierte en una institución jurídica autónoma tanto en el ámbito doctrinal como en el legislativo.

El Código Civil Peruano de 1984, partiendo de esta línea conceptual, ha regulado a la representación como una figura típica y autónoma, que si bien no se encuentra del todo desvinculada de las instituciones jurídicas a las cuales ha estado ligada, se ha desarrollado dentro del Libro de Acto Jurídico.

27.18.1.3. Clases

Básicamente la representación puede ser clasificada en voluntaria o legal y en directa o indirecta.[1232]

27.18.1.3.1. Representación voluntaria

Tiene su origen en la voluntad del propio representado, por lo que supone que este sea una persona que posea capacidad de goce y de ejercicio.

Es importante señalar que la representación supone un doble efecto. Uno con respecto al representado, que declara y acepta como propias las consecuencias jurídicas del acto que celebra su representante.

[1232] Algunos autores mencionan en esta clasificación a la representación orgánica y a la procesal, toda vez que distinguen dos modalidades: la representación activa y la pasiva.

Otro, con respecto al tercero contratante, que tiene conocimiento de que el acto celebrado con el representante es en interés del representado.[1233]

Este tipo de representación, que nace de la autonomía privada del representado, tiene como uno de sus rasgos principales el emanar de un acto jurídico unilateral y recepticio. Por intermedio de ese acto unilateral, el representado otorga al representante el poder de celebrar actos en su nombre e interés.

Ese poder puede ser general o especial, tal como establece el artículo 155 del Código Civil Peruano:

> Artículo 155.- «El poder general sólo comprende los actos de administración.
>
> El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido».

Es preciso recalcar, asimismo, que conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico, para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, el representante requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.[1234]

Otro punto destacable es que el poder puede ser revocado por el representado en cualquier momento —salvo que se trate de un poder irrevocable— y a su libre arbitrio.[1235]

[1233] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, *Op. cit.*, p. 163.

[1234] Artículo 156 del Código Civil Peruano de 1984.

[1235] Esta figura se encuentra regulada entre los artículos 149 y 153 del Código Civil, preceptos que a la letra establecen lo siguiente:
Artículo 149.- «El poder puede ser revocado en cualquier momento».
Artículo 150.- «La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos».

Aníbal Torres Vásquez[1236] señala, al respecto, que la revocación se fundamenta en tres razones esenciales:

- El representado es el dueño del negocio, el interés en la gestión es de él y, por ende, no puede ejercerse el poder en contra de su voluntad.
- La base del poder es la confianza; por lo mismo, el representado puede retirarla en cualquier momento.
- La relación que genera el poder es personalísima, y la revocación es un derecho *ad nutum* del representado, que puede ejercitarlo en cualquier momento e, incluso, sin expresión de causa.

A nuestro entender, y sin perjuicio de concordar con Torres Vásquez, creemos que la esencia de la revocación se encuentra en el contenido mismo de la representación voluntaria. Si esta supone un ejercicio de la autonomía privada del sujeto por intermedio de un acto unilateral y recepticio, lo más lógico y coherente es que él pueda darla por finalizada del mismo modo.

Artículo 151.- «La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Esta produce efecto desde que se le comunica al primer representante».
Artículo 152.- «La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.
La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita. Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante».
Artículo 153.- «El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.
El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año».

[1236] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, pp. 291 y 292.

El representante, igualmente, puede poner fin a la representación en cualquier momento —salvo que se haya pactado que sea irrenunciable—, para lo cual solo debe comunicar su renuncia al representado, tal como lo dispone el artículo 154 del Código Civil:

> Artículo 154.- «El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.
>
> El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado».

La lectura de esta norma delinea dos supuestos de primer orden que se hallan vinculados intrínsecamente al tema de la responsabilidad civil del representante:

- Por un lado, se establece que el representante, de no invocar impedimento grave o causa justa, se encuentra obligado a continuar con la representación hasta que sea reemplazado. De no cumplir con dicha obligación deberá responder por los daños y perjuicios que sufra el representado como consecuencia de tal incumplimiento.[1237]

  Cabe destacar que la renuncia, al igual que la revocación, tiene carácter recepticio, por lo que surte efectos a partir del momento en que es comunicada, para lo cual debemos partir de la teoría de la recepción con presunción de cognición, contenida en el artículo 1374 del Código Civil.[1238]

- En segundo lugar, se establece que pese a no haber sido reemplazado, el representante puede apartarse del cargo si se han cumplido treinta días más el termino de la distancia desde que notificó su renuncia. No creemos que la notificación deba ser hecha necesariamente por la vía judicial. Pensamos que deben seguirse los mismos principios delineados en el párrafo anterior, por lo que debe aplicarse la teoría de la recepción con presunción de cognición.

[1237] Al igual que Fernando Vidal, pensamos que la causa justa puede consistir en el incumplimiento de obligaciones a cargo del representado generadas por la relación representativa, toda vez que el impedimento grave puede consistir en causas de fuerza mayor o fortuitas.

27.18.1.3.2. Representación legal

A diferencia de la voluntaria, este tipo de representación no tiene como base la autonomía privada del representado, sino que emana de la ley.

Tal y como lo indica Fernando Vidal,[1239] la representación legal o necesaria se basa en la función tuitiva del ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales o jurídicas, que por carecer de capacidad de ejercicio o por encontrase en una situación de hecho determinada, requieren de la cautela legal de sus intereses.

Ese mismo carácter tuitivo también implica que la ley se encargue de establecer tanto los poderes como los límites del representante legal. De igual manera, determina que la representación legal sea obligatoria e irrenunciable, toda vez que, a diferencia de la representación

[1238] Aplicar teorías distintas supondría atentar contra la coherencia del Código Civil, que en la parte general de contratos (artículo 1374) asume la teoría citada.

[1239] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 155.

voluntaria, el representado no puede revocarla.[1240] Sin embargo, cabe la posibilidad de que el representante sea removido del cargo a solicitud de quienes tengan legítimo interés en que aquel sea relevado.

A lo anterior debemos agregar lo señalado por el artículo 167 del Código Civil, en el que se enumeran los actos para los cuales el representante requiere autorización expresa del juez o del consejo de familia, según sea el caso.

> Artículo 167.- «Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:
>
> 1. Disponer de ellos o gravarlos.
> 2. Celebrar transacciones.
> 3. Celebrar compromiso arbitral.
> 4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial».

Dentro de esta modalidad puede incluirse a la representación judicial, en la cual el representante es nombrado por resolución judicial.

[1240] Federico de Castro y Bravo señala, sobre este tema, que la representación legal se encuentra fuera del ámbito de la voluntad del interesado, por lo que la existencia pervivencia y extensión de la representación legal no nace ni depende de la voluntad del representado, sino que la recibe de la ley. De ello deriva, como bien afirma el citado profesor, que el representante no puede verse desprovisto de representación por voluntad del representado. Citado por Teófilo Idrogo Delgado en *Teoría del acto jurídico. Op. cit.*, p. 55.

El Código Civil de 1984 ha adoptado este criterio en el segundo párrafo de su artículo 145, en el que señala que «La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley».

27.18.1.3.3. Representación directa o propia

Esta modalidad de la representación implica que nos encontramos frente a un supuesto en que la cooperación jurídica —fundamento de esta figura— se manifiesta a través de la sustitución.

De este modo, la representación directa es aquella en la cual el representante actúa por cuenta, en nombre y en interés del representado. Así, los efectos jurídicos del acto que el representante celebra con el tercero, tienen incidencia directa en la esfera del representado.

Como expresa Torres Vásquez:[1241]

> En el proceso de la representación directa se dan tres elementos sucesivos: a) Acto causal del que surge el poder, por el cual se rigen las relaciones entre el representado y el representante (apoderado); b) Poder, que es el efecto del acto causal, cuya misión es facultar al representante y legitimar su actuación, produciendo sus efectos frente al tercero, con abstracción del acto que le dio origen; y c) El acto celebrado por el representante con el tercero (acto representativo) por el que se regulan las relaciones entre el representado o *dominus negotti* y el tercero.

La representación directa puede ser legal o voluntaria.

27.18.1.3.4. Representación indirecta, mediata o impropia

En este tipo de representación —no regulada en el Título III del Libro de Acto Jurídico— la cooperación jurídica se da a través de la interposición. Ello supone que el representante actúa en nombre propio aunque en interés y por cuenta del representado, por lo que los efec-

[1241] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, p. 270.

tos del acto celebrado con el tercero contratante entran en la esfera del representante. Este, en cumplimiento del encargo hecho por el representado, deberá transferirle tales efectos por medio de otro acto jurídico.

En este tipo de representación se dan tres actos sucesivos:[1242]

- Entre el representante y el representado, cuando aquel recibe el encargo de actuar por cuenta de este.
- Entre el representante y el tercero, acto en el cual es ajeno el representado.
- Entre el representante y el representado, por el cual este recibe de aquel lo que adquirió por su cuenta.

A diferencia de la representación directa, esta modalidad no puede ser legal puesto que la naturaleza de ambas clases es incompatible. De esta forma, tenemos que la representación indirecta solo puede ser voluntaria.

27.18.1.4. Pluralidad de representantes

El Código Civil Peruano de 1936, como ya lo hemos anotado, no dio un tratamiento diferenciado a las figuras de la representación y del mandato. Dicho cuerpo legislativo, en su artículo 1642, regulaba el supuesto de pluralidad de mandatarios.

El Código de 1984 sí diferencia ambas figuras, y se refiere explícitamente al tema de la pluralidad de representantes.

> Artículo 147.- «Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes».

[1242] Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 271.

La lectura de la citada norma nos permite distinguir hasta cuatro formas distintas de la denominada representación colectiva, a saber:

27.18.1.4.1. Representación indistinta

Cuando el representado no ha determinado algo diferente, se presume que cualquiera de los representantes puede ejercer la representación.

27.18.1.4.2. Representación conjunta

Esta modalidad, que precisa establecerse de manera expresa, implica que la representación debe ser ejercida necesariamente por todos los representantes designados. De este modo, todos deben participar formando el consenso para que haya una sola voluntad.

De allí que sea suficiente para anular el acto jurídico que la voluntad de uno de los representantes haya adolecido de algún vicio al momento de la celebración del mismo.

27.18.1.4.3. Representación sucesiva

En este caso el representado debe haber establecido expresamente el orden en que deben actuar sus representantes y en qué casos debe funcionar, para que le corresponda al que le toca actuar en el orden establecido.[1243]

27.18.1.4.4. Representación para actos jurídicos diferentes

También denominada representación independiente, esta modalidad implica que los representantes han sido designados expresamente para celebrar actos jurídicos que son independientes entre sí.

[1243] Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 169.

Fernando Vidal[1244] menciona, con acierto, que en cualquiera de sus formas o modalidades, se parte de un presupuesto necesario, esto es, que la representación colectiva emerge de un mismo acto de otorgamiento de la representación.

27.18.2. La responsabilidad del representante en la representación directa

27.18.2.1. Los sujetos de la relación representativa

Teniendo como premisa lo expuesto hasta este punto, podemos empezar a desarrollar el tema de la responsabilidad del representante.

Nuestro análisis va a centrarse, esencialmente, en la representación directa, ya sea voluntaria o legal. Ello, en virtud de que, como ya hemos acotado, esta es la representación regulada por el Código Civil en el Título III del Libro de Acto Jurídico.

Ahora bien, no podríamos efectuar un análisis adecuado sin reiterar que la representación es una institución jurídica que origina el surgimiento de un complejo sistema de relaciones. Estas relaciones cuentan con tres protagonistas: el representado, el representante y el tercero contratante.

Los dos primeros componen la denominada «relación representativa». Esta relación conlleva la habilitación del representante para actuar en nombre y en interés del representado frente a terceros.

El representado es el titular del derecho o interés que va a ser gestionado por el representante, toda vez que es el sujeto en quien van a recaer los efectos de esa gestión. El representante, por su parte, es quien actúa en interés y en nombre del representado. El tercero, por

[1244] *Idem.*

otro lado, es el sujeto ante quien o con quien se realiza la gestión representativa y el que adquiere derechos u obligaciones como consecuencia del acto realizado con el representante.[1245]

Es más que importante tener en cuenta que el representante no se limita, al desempeñar la gestión para la que ha sido nombrado, a transmitir la voluntad, del representado. El representante manifiesta su propia voluntad, declarando aquella al momento de la celebración del acto, por lo que su rol no es meramente material, sino jurídico, determinando la validez y eficacia de dicho negocio.

De lo antes mencionado podemos inferir que es necesario que el representante cuente con capacidad de ejercicio, de modo que se encuentre facultado para declarar su voluntad válidamente. Ello no significa, sin embargo, que deba contar con capacidad de goce respecto al contrato que va a celebrar, puesto que los efectos del mismo no van a repercutir en su esfera jurídica.

27.18.2.2. La naturaleza de la responsabilidad del representante

Luego de haber delimitado, al menos a grandes rasgos, a cada uno de los sujetos de la relación representativa, nos ocuparemos de la naturaleza de la responsabilidad del representante.

Para tal efecto, no podemos dejar de reiterar que el actuar del representante puede determinar que los intereses, ya sea del representado, del tercero contratante o de ambos, puedan llegar a verse afectados, provocando un daño. De allí que es posible que se configuren supuestos en que resulte factible imputar responsabilidad civil al representante.[1246]

[1245] *Ibidem*, p. 166.

[1246] No debemos olvidar, en este punto, que también es posible que la conducta que ge-

Lo primero que debemos resolver es la naturaleza de la responsabilidad del representante: ¿Contractual o extracontractual?

Encontrar la solución a esta interrogante reviste enorme importancia. Como hemos venido anotando en el desarrollo de cada capítulo que conforma el tema de las responsabilidades específicas, la naturaleza de la responsabilidad va a determinar las normas a aplicar y, con ellas, las consecuencias jurídicas al supuesto que se haya configurado.

Con respecto al tercero contratante, la naturaleza misma de la representación directa nos dice que la misma es extracontractual, puesto que el representante está actuando no solo en interés sino también en nombre del representado, por lo que no llega a vincularse contractualmente con el tercero.

Resulta más complejo encontrar una respuesta al tema cuando nos referimos a la responsabilidad del representante con respecto del representado. En principio creemos necesario, para llegar a un mayor entendimiento de la situación, distinguir si nos encontramos frente a un supuesto de representación directa voluntaria o frente a una representación legal.

En el caso de la representación legal, lo lógico es afirmar que la responsabilidad también es extracontractual, puesto que la relación representativa tiene como origen a la ley.

Si la representación es voluntaria, nuestra respuesta va a depender de la manera en que definamos la relación que se forma entre el re-

nere el daño no sea la del representante sino la del representado o del tercero, por lo que también puede configurarse la responsabilidad de cualquiera de ellos. Después de todo, las relaciones que se originan en la representación son bastante complejas, razón por la cual analizar cada una requiere de un examen exhaustivo. En este capítulo solo nos vamos a ocupar de la responsabilidad del representante.

presentado y el representante. Así, cabe sustentar dos posiciones: que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, o que se trata de uno de responsabilidad extracontractual.

Afirmar que la naturaleza de la responsabilidad es contractual equivale a tener como premisa que entre el representado y el representante existe un vínculo jurídico contractual. Defender esta tesis equivale a sostener que ambos sujetos han celebrado un contrato al acordar que el segundo represente al primero, lo cual —en nuestra opinión— es más que cuestionable.

Si bien, tal y como afirma Cuadros Villena,[1247] la designación del representante, desde el momento de su aceptación, se habrá convertido de un acto jurídico unilateral en uno bilateral en sus efectos, y, consiguientemente, el representante tiene la obligación de representar al haber aceptado la representación, aquello no conlleva el señalar que existe un contrato entre ambos.

El acto que da origen a la representación es un acto unilateral, una manifestación de la autonomía privada del representado. La validez de ese acto unilateral no depende de la aceptación del representante; lo que depende de aquello, son los efectos del acto.[1248]

El acto de otorgamiento de la representación es unilateral, puesto que se perfecciona y da lugar a la relación representativa con la sola manifestación de voluntad de quien quiere ser representado. La persona que resulte investida por la representación puede o no ejercerla,

[1247] Cuadros Villena, Carlos Ferdinand. *Acto jurídico. Curso elemental.* Lima: FECAT, 1991, p. 56.

[1248] A esto hay que agregar que tanto el representado como el representante pueden dar por concluida la relación representativa en cualquier momento, e incluso sin aducir causa justa o impedimento grave. El representante puede renunciar, mientras que el representado puede revocar el poder que ha otorgado.

pues no está obligada a representar por el acto de otorgamiento de la representación misma, sino por la relación originante de la representación, la que puede ser un contrato de prestación de servicios, de mandato, de comisión mercantil o de trabajo. La unilateralidad del acto de otorgamiento de la representación no se altera, aun cuando concurra con un acto bilateral que sea la base de la representación que se otorga.[1249]

En otras palabras, la representación, tal y como está regulada en el Libro de Acto Jurídico, no implica la existencia de una relación contractual entre representado y representante. Dicha relación solo podría darse si la representación se encontrase vinculada a algún tipo de contrato, como sería el caso de un contrato de mandato en el que se le otorgue representación al mandatario.

Esto quiere decir que, en principio, la responsabilidad es extracontractual, salvo que efectivamente, además de la representación, se haya celebrado un contrato entre ambos sujetos, supuesto en el que será necesario recurrir a las normas propias del contrato celebrado.

En todo caso, y en vista de que lo que interesa es analizar la responsabilidad que se deriva de la representación misma, vamos a desarrollarla a partir de la naturaleza extracontractual que compone la esencia de la institución. Analizar la responsabilidad contractual del representante implicaría, en realidad, examinar la responsabilidad del mandatario con poder, o del locador de servicios al que le ha sido otorgada la representación.

Para que se configure la responsabilidad extracontractual es necesario que concurran sus elementos constitutivos: factor de atribución,

[1249] Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 170.

conducta antijurídica, daño y relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño producido.

El factor de atribución es la culpa o el dolo. Basta con que la culpa sea leve, salvo que la norma señale algo distinto. Por otro lado, habrá dolo no solo en los casos en que el representante obre con la intención de causar daño; también lo habrá cuando, con conocimiento de ello, incumpla los deberes y obligaciones que asumió al aceptar la representación.

Si bien los elementos del daño y de la relación de causalidad no requieren comentarios, sí los amerita el tema del comportamiento ilícito o antijurídico.

27.18.3. La antijuridicidad

La relación representativa que nace como consecuencia del otorgamiento del poder, en el caso de la representación voluntaria, o de lo dispuesto por la ley, en el caso de la legal, determina una serie de deberes que está obligado a cumplir el representante.[1250] Una conducta contraria a estos deberes es antijurídica y, por tanto, pasible de generar la imputación de responsabilidad.

En principio, debemos señalar que los deberes del representante y su responsabilidad se encuentran determinados por el objeto mismo

[1250] Señala la doctrina que en el caso de la representación voluntaria, la relación representativa también impone una serie de deberes al poderdante o representado:
- Deber de proporcionar al apoderado todos los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión encomendada. Esto no solo tiene un contenido económico, pues, además, implica brindar al representante la información necesaria y veraz.
- Liberar al representante de responsabilidad cuando este actúe sin contrariar los deberes que ha asumido al aceptar la representación.
- Retribuir al representante cuando así ha sido acordado.
- Reembolsar los gastos en que haya tenido que incurrir el representante con motivo de la representación.

de la representación, esto es, por el interés del representado. Tal situación determina, asimismo, que el actuar del representante se encuentre limitado en el propio contenido de la representación.

De esta forma, en la representación voluntaria el apoderado deberá actuar dentro de lo dispuesto en el acto de otorgamiento de la representación. Por otra parte, en el caso de la representación legal, el representante podrá conducirse dentro de los límites impuestos por la propia ley.[1251]

Entonces, básicamente, los deberes a los que hacemos referencia son los siguientes:

- Deber de cumplir con las indicaciones del poderdante o de la ley, según el caso.

  Esencialmente esto significa que debe realizarse la gestión encomendada en nombre e interés del representado, cumpliendo además con una conducta diligente basada en la buena fe y la confianza.

  Como expresa el artículo 157 del Código Civil de 1984: «El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución».

  La sustitución a que se hace referencia consiste en la delegación que hace el representante de todas o algunas facultades que ha recibido a favor de un tercero, ajeno a la relación representativa original, quien lo reemplaza en todos los derechos y

[1251] Ello implica remitirnos a las prohibiciones y limitaciones que el ordenamiento jurídico establece con respecto a los supuestos de representación legal, como es el caso de la tutela y la curatela. Esto, sin perjuicio de aplicar las normas propias de la representación.

obligaciones. Así, es una facultad que se otorga al representante, siendo potestativo para el representado el designar o no al sustituto.[1252]

- Deber de información.

  El representante se encuentra obligado a comunicar al representado los resultados de los actos jurídicos que ha celebrado en su nombre.

- Deber de rendir cuentas.

  Derivada del deber de información, esta obligación impone al representante el brindar los resultados de las operaciones realizadas de modo evaluativo.

- Deber de acreditar las facultades que le han sido otorgadas.

  Como indica el artículo 164 del Código Civil Peruano de 1984:

  «El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades».

  Esto tiene como objetivo brindar mayor seguridad jurídica para el tercero e incluso para el propio representado, resguardando así los intereses de ambos.

- Respecto al tercero, como es natural, el representante tiene el deber de comportarse según el principio de la buena fe, contenido en el artículo 1362 del Código Civil de 1984.

[1252] Idrogo Delgado, Teófilo. *Op. cit.*, pp. 75 y 76.

Un comportamiento contrario a los deberes indicados determina la configuración de una conducta antijurídica que, a su vez, puede derivar en la imputación de responsabilidad.

Según refiere Fernando Vidal,[1253] «León Barandiarán enfatizó la responsabilidad del representante. Señaló que si el representante ha actuado de forma perjudicial al representado, éste no queda desobligado frente al tercero contratante pero tiene expedita su acción contra el representante por el perjuicio ocasionado. Por otro lado, si el acto practicado por el representante lo ha sido excediéndose de las facultades que le han sido otorgadas es, en principio, *res inter alios acta*, quedando obligado ante el tercero contratante a ejecutar la obligación —por no repercutir ésta en la esfera jurídica del representado— o a responder por los daños y perjuicios. Esta es pues, en general, la responsabilidad del representante, sobre la cual el Código no contiene una disposición de carácter general previendo, tan sólo, casos específicos en los que norma la responsabilidad del representante».

Veamos ahora esos supuestos específicos contenidos en el Título III del Libro de Acto Jurídico:

(a) *La responsabilidad en la representación colectiva*

Este tema es abordado por el artículo 148 del Código Civil:

> Artículo 148.- «Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común».

[1253] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 175.

La norma es bastante clara en su contenido —si bien debe entenderse la palabra «objeto» como sinónimo de «finalidad»—, estableciendo la responsabilidad solidaria de los representantes siempre que se cumpla con los requisitos señalados. Este artículo debe ser leído e interpretado concordándolo con el numeral 147, al cual ya nos hemos referido y que establece cuatro modalidades de ejercer la representación cuando ha sido otorgada a dos o más representantes en un mismo acto.

Esto nos lleva a afirmar que en el caso de la representación indistinta o independiente no existe responsabilidad solidaria, pues no se cumple con el requisito de la finalidad de interés común.

Resulta claro, además, que la solidaridad es solo frente al representado, pues la norma dispone expresamente aquella y no se pronuncia respecto a los terceros, por lo que no podemos asumirla, por cuanto es un principio de nuestro ordenamiento que la solidaridad no se presume ni se extiende por analogía.

(b) *Responsabilidad del representante que renuncia*

Este supuesto ya lo hemos abordado al revisar el artículo 154 del Código Civil, razón por la cual nos remitimos a lo allí expresado.

(c) *La responsabilidad por la sustitución*

Este tema lo prevé el artículo 158 del Código Civil:

> Artículo 158.- «El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.

El representado puede accionar directamente contra el sustituto».

Como ya lo hemos anotado, la sustitución es una facultad que el representado puede conferir al representante, ya sea designando a la persona del sustituto o dándole libertad para que sea él quien la designe. Cuando se configura la primera situación, el representante queda exento de responsabilidad por los actos de su sustituto. No obstante, tal y como señala Aníbal Torres,[1254] el representante debe actuar con diligencia. De este modo, si tiene conocimiento que el sustituto es insolvente o incapaz, debe abstenerse de hacer la sustitución, salvo que el representado las conozca y asuma el riesgo.

Si, en cambio, se configura el segundo supuesto, el representante asume su responsabilidad, la misma que se fundamenta en la culpa inexcusable en la que ha incurrido al hacer su elección. De igual forma, es responsable por las instrucciones o directrices que haya impartido al sustituto.

El representado puede accionar tanto contra el representante como contra el sustituto, o incluso contra ambos, si así lo deseare.

A ello hay que agregar que una vez realizada la sustitución, la relación representativa original no se extingue del todo, tal como lo establece el artículo 159 del Código Civil:

> Artículo 159.- «La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto».

[1254] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, p. 303.

(d) *La responsabilidad por el exceso de los límites o por la violación de las facultades*[1255]

El primer párrafo del artículo 161 del Código Civil Peruano de 1984 establece que el acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros.

Partiendo de lo expuesto en este capítulo, podemos afirmar que solo nos encontramos en presencia de la representación cuando concurren tres requisitos, los mismos que son inherentes a su concepción y esencia. De esta manera, resulta necesario que el representante actúe por propia voluntad al celebrar el acto con el tercero; de lo contrario, se trataría de un simple mensajero o mandatario. De igual forma, es preciso que exista una intención mutua y declarada entre el tercero y el representante en torno a que los efectos jurídicos van a repercutir en la esfera del representado. A su vez, es condición que el representante esté autorizado a actuar en nombre del representado.

En el supuesto bajo análisis, el representante no se ciñe a los términos estrictos del título de su representación o no respeta los límites, tanto de contenido como temporales, en el ejercicio del poder, extendiendo su actividad a extremos para los cuales no ha sido facultado.[1256] De ello se infiere que los actos celebrados por el representante bajo estas circunstancias son ineficaces respecto del representa-

[1255] Messineo sostiene que el exceso de los poderes conferidos y la violación de las facultades no son idénticos. El notable tratadista afirma que mientras el exceso implica sobrepasar los límites de los poderes, principalmente en el sentido cuantitativo, la violación implica obrar en disconformidad con tales poderes, principalmente en el sentido cualitativo, es decir, en el contenido.

[1256] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 184.

do, por lo que no está obligado frente al tercero, salvo que aquel lo ratifique.[1257]

De lo expuesto se deduce, igualmente, que el representante debe responder por los daños y perjuicios que su conducta pueda generar, no solo respecto al representado, sino también respecto del tercero contratante.

(e) *Responsabilidad por atribución indebida de la representación*

El segundo párrafo del artículo 161 del Código Civil dispone, al igual que en el caso anterior, que también es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

A diferencia de los supuestos precedentes, nos hallamos ante un falso representante que al actuar en nombre de un sujeto a quien en realidad no representa, está invadiendo la esfera jurídica de aquel, lo que equivale a la comisión de un ilícito.

Las consecuencias son las mismas que aquellas que acabamos de indicar al reseñar los efectos de la actuación del representante cuando excede los límites del poder o cuando viola las facultades que le han sido conferidas.

(f) *Responsabilidad por acto celebrado consigo mismo*

El acto consigo mismo se encuentra regulado por el artículo 166 del Código Civil:

[1257] Artículo 162.- «En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.
La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.
El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.
La facultad de ratificar se trasmite a los herederos».

> Artículo 166.- «Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.
>
> El ejercicio de la acción le corresponde al representado».

El acto consigo mismo puede manifestarse de dos maneras, dependiendo si se trata de una representación simple o de una compleja.

En el primer caso, el acto consigo mismo surge cuando una misma persona celebra un acto en el que es parte material y formal de un lado, puesto que actúa en nombre e interés propio, y, por el otro lado, actúa como parte formal, es decir en nombre e interés de otro sujeto. De ese modo, realiza un acto que tiene eficacia para su representado y para sí mismo.

El segundo caso, en cambio, implica que un mismo sujeto actúa como representante de representados diferentes en un mismo acto en el cual los intereses de aquellos son divergentes.

La responsabilidad aquí se encuentra determinada por el conflicto de intereses que pudiera existir entre el representante y el representado o entre ambos representados, para los casos de doble representación. En los dos supuestos, entonces, el acto jurídico celebrado sería anulable, salvo que cumpliera con los requisitos establecidos en la norma (que la ley lo permita, que el representado lo haya autorizado

específicamente o que el contenido del acto hubiera estado determinado de modo que se evite el conflicto de intereses).

27.18.4. A modo de conclusión

Lo expuesto en este Capítulo constituye una muestra más de lo compleja que puede llegar a ser la responsabilidad civil, que nos enfrenta a un sinnúmero de situaciones. El Derecho busca regular estas situaciones de modo que los intereses de las personas encuentren la tutela que ameritan y no se desencadenen pugnas y conflictos que fomenten el caos social. A su vez, persigue que la interacción entre los individuos se desenvuelva de la manera más eficiente posible.

La institución se enmarca, entonces, en este contexto, traduciéndose en la manifestación de un principio o fundamento esencial: la cooperación.

Su importancia es indiscutible, toda vez que también es indiscutible que el actuar de alguno de los sujetos vinculados a esta figura —representado, representante y tercero contratante— puede generar daños pasibles de ser indemnizados.

En lo que respecta a la responsabilidad del representante, podemos afirmar que ella es bastante ilustrativa, en cuanto a lo variadas que pueden ser las circunstancias en que es dable la imputación de responsabilidad civil.

Esta responsabilidad, tal y como lo hemos analizado, es de naturaleza extracontractual, y se configura, dependiendo del supuesto que se presente, por dolo o culpa. La conducta antijurídica del agente causante del daño, es decir, del representante, adquiere una relevancia especial.

En todo caso, será necesario analizar y evaluar los hechos que integran el caso concreto para, a partir de allí, poder aplicar correcta-

mente los principios generales de la responsabilidad civil, concordando estos principios con las normas que regulan de forma específica la representación y con aquellas otras que se encuentren vinculadas. Todo ello implica la imposibilidad de realizar un examen *a priori*, pues resulta necesario tomar en cuenta los distintos matices que se van presentando en cada situación.

27.19. Responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública por daños causados en contra de los particulares

El Estado, a grandes rasgos, es concebido como la nación jurídica y políticamente organizada sobre un territorio. Su elemento jurídico surge con la finalidad de regular las relaciones entre los particulares, de proteger los derechos individuales e impedir la arbitrariedad del poder estatal.

En este sentido, junto a las prerrogativas propias del Estado, surge un conjunto de obligaciones. De igual manera, se otorga a los ciudadanos mecanismos o garantías con los cuales puedan defender sus derechos e intereses. Algunos de esos medios son indirectos y se basan en la noción de la representación, mientras que otros, por el contrario, son directos. Estos últimos nos demuestran que contra el Estado no solo es posible actuar por medio de los canales políticos, sino también por la vía judicial, mediante la cual el ciudadano puede accionar y no resignarse ante la ineficiencia estatal o contra el abuso de su poder.

Sea entonces que el Estado actúe a través de la Administración Pública o a través de sus diversos agentes o funcionarios, los ciudadanos cuentan con mecanismos de tutela. Al fin y al cabo, de no existir estos, se estaría otorgando al Estado la posibilidad de una actuación ilimitada que podría degenerar en exceso o abuso de autoridad, lo que supondría retroceder a las antiguas concepciones del poder soberano y absoluto del monarca.

La institución de la responsabilidad civil extracontractual se presenta a sí misma como uno de esos mecanismos directos y necesarios dentro de un Estado democrático de Derecho. Así, en las próximas páginas analizaremos el tema de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública por los daños causados a los particulares, de modo que logremos atender a los criterios esenciales de evaluación de aquella.

27.19.1. Algunas nociones esenciales

No podemos iniciar el análisis de este tema sin revisar, primero, algunas de las nociones básicas que debemos tener presentes a la hora de realizar una correcta evaluación. Así, es necesario atender a la idea misma de Administración Pública. De igual modo, resulta imprescindible revisar, al menos brevemente, los principios fundamentales del Derecho Administrativo, pues si bien la responsabilidad se encuentra en el ámbito civil, es menester matizar nuestro examen con algunos de los rasgos esenciales de aquella citada disciplina jurídica.

27.19.1.1. La Administración Pública

Refiere la doctrina que el concepto de Administración Pública es, indudablemente, un concepto contingente en tanto se encuentra vinculado de manera intrínseca a la idea misma de Estado. De esta forma, a medida que la definición de Estado se ha desarrollado con el devenir histórico, la concepción de la Administración Pública ha hecho lo propio, evolucionando y adaptándose a los nuevos desafíos.

Se dice que la época de las monarquías absolutas no ofrece, en general, un desarrollo del Derecho Administrativo, ni mucho menos de la Administración Pública, tal y como hoy la conocemos. En esos tiempos el Derecho Administrativo se agotaba en un único precepto: un derecho ilimitado del monarca para administrar. No se reconocían derechos del individuo frente al soberano; el particular era un simple objeto del poder estatal, no un sujeto que se relacionaba con él.

Esta concepción ha sido denominada Estado de policía. En él, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podía perseguir y los medios que podía emplear, el súbdito no contaba con ningún tipo de garantías frente al poder absoluto de ese soberano.

Existe consenso entre los autores en que la Administración Pública nace en el siglo XVIII con la Revolución Francesa y conjuntamente con la Teoría de la separación de poderes,[1258] que da lugar al surgimiento de una nueva estructura del Derecho Público. Durante la primera mitad del siglo XIX, la Administración Pública es identificada con el Poder Ejecutivo.

Durante ese período, el Estado desarrolla una administración interventora al observar el distanciamiento entre los administrados y la Administración Pública. El Estado, en consecuencia, se encarga de regular todos los aspectos y ámbitos.

A mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, se cristalizan en Alemania con una aportación trascendental: Se reconoce la personalidad jurídica del Estado, reconocimiento que permite iniciar, fundamentar y sostener la construcción de su conducta frente al Derecho. Esto, asimismo, se constituye en el presupuesto de toda la construcción jurídica del Derecho Público.[1259]

[1258] Es más acertado, en realidad, destacar que el advenimiento del Estado de Derecho fue el resultado de la convergencia de ciertas circunstancias, entre las que destacan las Revoluciones Inglesa (1688) y Francesa (1789), la emancipación americana (1776) y las teorías políticas enunciadas por Montesquieu (división de poderes) y Rousseau (la ley como expresión de la voluntad general).

[1259] García De Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo.* Tomo I, 9ª ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 26.

Como expresa García de Enterría,[1260] «En el plano que ahora nos interesa, el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que estos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones de aquél. La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerada entonces como una función del Estado-persona».

Así, esta nueva postura que representa un paso adelante en la evolución del Estado, plantea, sin embargo, un concepto de Administración Pública que la minimiza a una función estatal, concepto que, como luego veremos, ha sido superado en tanto la Administración ha adquirido mayores matices en su significado.

El siglo XX introduce una nueva visión del Estado. El individuo ya no requiere únicamente de un Estado que intervenga o regule, sino que necesita, también, que actúe. Dentro de este orden de ideas aparece la noción del Estado prestacional, del Estado Social de Derecho, el que se halla encargado tanto de regular las relaciones con los ciudadanos, como de brindar una estructura de servicios públicos para la consecución de fines sociales, pero garantizando, al mismo tiempo, los derechos fundamentales de esos ciudadanos.

Desde esta perspectiva, el vocablo administración, aplicado al Estado, puede emplearse tanto en sentido objetivo —como actividad, tarea o función del Estado—, como en sentido subjetivo, como cuerpo o conjunto de autoridades, funcionarios y agentes, en general, de órganos del Estado ordinariamente encargados de ejercer la expresada función o actividad.

[1260] *Idem.*

Siguiendo a García de Enterría,[1261] podemos decir que las funciones a realizar por la Administración dependen esencialmente de la demanda social, que es distinta en cada órbita cultural y distinta, también, en función del contexto socioeconómico en el que se produce.[1262]

Asimismo, podemos afirmar que la Administración Pública no es un complejo de órganos más o menos ocasional.

En efecto, dice García de Enterría[1263] que «La relación estructural entre la realidad construida por la Administración Pública y el orde-

[1261] *Ibidem,* p. 27.

[1262] La Ley N.º 24777 —Ley del Procedimiento Administrativo General— nos informa en su artículo I del Título Preliminar cuáles son las entidades que para efecto de dicha norma se entienden como parte de la Administración Pública, en la medida que desarrollan función administrativa:
«La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.
Para los fines de la presente Ley, se entenderá por 'entidad' o 'entidades' de la Administración Pública:
1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía;
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de la ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia».

[1263] García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.*, tomo I, p. 28.

namiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. Para el Derecho Administrativo, la Administración Pública es una persona jurídica. Este concepto de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por el que se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo».

Lo expuesto resulta esencial para comprender la responsabilidad civil que puede imputarse a la Administración Pública, puesto que dicha imputación es posible en la medida que la Administración Pública es reconocida como una persona jurídica, es decir, como titular de un conjunto de prerrogativas y potestades y también de obligaciones. Es ello, por ende, lo que posibilita su caracterización como sujeto de relaciones jurídicas.

Otro punto esencial que no podemos dejar de lado es la idea misma de la «función administrativa». Ella puede definirse como la síntesis de una multiplicidad de funciones, que se realizan en el complejo de la actividad administrativa y que tienen por objeto el cuidado concreto de los intereses públicos.

De esto podemos inferir, asimismo, que la Administración Pública es una organización instrumental, ya que tiene por finalidad la consecución del interés público,[1264] el mismo que, a su vez, se presenta

[1264] El interés público es aquel que abarca todos los intereses —de la propia Administración Pública, de los administrados y de los terceros— pero el de ninguno en particular.

como su principio fundamental. A ello debemos agregar que si bien dicho fin le otorga una serie de potestades y facultades, las mismas tienen como premisa el alcanzar el equilibrio entre ese interés general y el de los administrados.[1265]

Sostiene la doctrina que la presencia de la Administración Pública es un requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa. Estas relaciones pueden presentarse entre la Administración y los administrados; o puede tratarse de una relación interadministrativa; o incluso de una relación interorgánica.

El primer supuesto es el que nos interesa en este Capítulo. Por eso debemos aclarar que si bien resulta indispensable la presencia de la Administración Pública, ella no implica *a priori* la constitución de una relación administrativa, pues habrá situaciones en las que actúe como particular y, consecuentemente, las normas aplicables serán las del Derecho Privado.

27.19.1.2. El Derecho Administrativo

En lo que respecta al Derecho Administrativo, este no es ni el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administración Pública, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común.[1266]

[1265] De allí que la Ley N.º 27444 disponga en el artículo III de su Título Preliminar lo siguiente:
«La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general».

[1266] García De Enterría, Eduardo. *Op. cit.*, tomo I, p. 40.

Esta rama del Derecho Público puede ser descrita como un microcosmos jurídico, en tanto tiende —en palabras de García de Enterría—[1267] a cubrir todas las posibles zonas en que se mueve la Administración Pública, incluso aquellas que constituyen objeto de regulación de otros Derechos con los que, además, se relaciona.[1268]

La tarea del Derecho Administrativo es arbitrar los cauces jurídicos necesarios para la defensa de los derechos colectivos, asegurando

[1267] *Ibidem,* p. 41.

[1268] Podría señalarse que las relaciones del Derecho Administrativo con otras ramas del Derecho son, básicamente, las siguientes:
- Constitucional: El Derecho Constitucional comprende las normas que regulan la estructura u organización jurídico-política del Estado. La norma de Derecho Administrativo es creada por el legislador dentro de los límites de la norma constitucional.
- Penal: Se relaciona con el Derecho Administrativo por el concepto de sanción, típico del Derecho Penal. Existe el Derecho Administrativo disciplinario, que se aplica en lo interno de la Administración, puesto que son sanciones que el superior jerárquico impone al inferior por faltas disciplinarias. Además existen en la órbita del Ministerio de Justicia organismos de índole administrativa, como por ejemplo el Servicio Penitenciario.
- Procesal: El Derecho Procesal es la rama del Derecho que se ocupa de las formalidades que deben cumplirse en todo proceso. Hay instituciones que son reguladas por el Derecho Procesal y que son adoptadas por el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo crea sus normas, pero el Derecho Procesal es supletorio.
- Municipal: No es más que Derecho Administrativo puro, aplicado a un ámbito particular: el comunal.
- Civil: Existen instituciones de él que son aplicables al procedimiento administrativo, tales como los conceptos de capacidad, persona jurídica, persona física, etc. Igualmente y como se infiere del título mismo de este acápite, la institución de la responsabilidad civil es aplicable a los casos en los que uno de los sujetos de la relación es la Administración Pública.
- Comercial: Las sociedades del Estado responden al concepto de sociedad comercial.
- Ambiental: Corresponde a multiplicidad de normas destinadas a preservar la idoneidad del medio ambiente.

la realización de tales intereses, pero sin que ello signifique violentar los derechos e intereses particulares de los administrados.

En tal sentido, este Derecho no se encuentra conformado únicamente por normas positivas,[1269] sino también por principios generales que sirven para articular, interpretar y completar esas normas. El principio más importante de aquellos es, sin duda, el de legalidad, el mismo que, a su vez, sirve de sustento y límite de las potestades otorgadas a la Administración Pública, permitiendo el ejercicio de un control técnico de las mismas.

Destacan, además, los principios de razonabilidad, imparcialidad, celeridad, eficacia, simplicidad y uniformidad, que debe revestir todo procedimiento administrativo,[1270] principios que es posible extender a la actuación administrativa en general.

[1269] Manuel Colmeiro se ha pronunciado sobre este tema en su tesis doctoral «Elementos del Derecho Político y Administrativo de España», señalando que las leyes administrativas verifican los principios de la ciencia dictando preceptos de equidad, estableciendo reglas de orden, confiriendo derechos e imponiendo obligaciones. De esta manera, lo natural se convierte en positivo, lo universal en particular y lo absoluto en relativo.

[1270] La Ley N.° 27444 contempla una lista —no taxativa— de los principios que deben seguirse en el procedimiento administrativo:
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
1. Principio de legalidad.– Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
2. Principio del debido procedimiento.– Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La re-

gulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

3. Principio de impulso de oficio.– Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.
4. Principio de razonabilidad.– Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
5. Principio de imparcialidad.– Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.
6. Principio de informalismo.– Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.
7. Principio de presunción de veracidad.– En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.
8. Principio de conducta procedimental.– La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.
9. Principio de celeridad.– Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
10. Principio de eficacia.– Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

11. Principio de verdad material.– En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
    En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.
12. Principio de participación.– Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley, y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.
13. Principio de simplicidad.– Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria, es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.
14. Principio de uniformidad.– La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.
15. Principio de predictibilidad.– La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.
16. Principio de privilegio de controles posteriores.– La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior, reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.
    Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las

A decir de los autores consultados, los citados principios, así como el de la autotutela administrativa,[1271] persiguen que la Administración Pública logre cumplir con sus funciones de modo que se asegure el Bien Público, sin que ello signifique violentar —como hemos reiterado en varias oportunidades— las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos.

Conviene entonces señalar, al respecto, que toda esa gama de potestades con las que cuenta la Administración, se contrarresta eficazmente por medio de la acción contencioso-administrativa, el proceso constitucional de amparo y la teoría de la responsabilidad de la Administración.

27.19.2. La Administración Pública: De la irresponsabilidad a la responsabilidad civil

La institución de la responsabilidad civil de la Administración Pública constituye, en palabras de Luis Ortega, uno de los elementos de cierre de la actuación administrativa en un sistema de Estado de Derecho. De donde el mismo autor concluye que la progresiva implantación del principio de responsabilidad extracontractual corre paralela, en gran medida, con el perfeccionamiento de las técnicas generales

cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo.

[1271] La autotutela es uno de los instrumentos con los que cuenta la Administración para cumplir con sus fines. En términos generales podemos hablar de autotutela declarativa, que es aquella por la cual se presume la validez de los actos administrativos, otorgando a las decisiones administrativas una presunción de legalidad; autotutela ejecutiva, que tiene carácter instrumental, pues logra el cumplimiento del acto; y la autotutela en segunda potencia o reduplicativa, que decide sobre el asunto y da lugar a un nuevo acto: una sanción administrativa.

del Derecho Administrativo para el sometimiento de los poderes públicos a las reglas del Derecho.[1272]

Esto se enmarca en un proceso evolutivo en el que pueden distinguirse diferentes etapas y que ha concluido en una idea que parece ser bastante simple: «Al damnificado le es indiferente que el perjuicio se lo haya causado un particular o el Estado».[1273]

Como resulta natural, este proceso posee ciertos matices según la tradición jurídica en la que se enmarca cada ordenamiento jurídico, así como el grado de desarrollo en cuanto a los sistemas de protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de los poderes públicos.[1274]

Ello implica que nuestro recorrido por las diversas fases que componen el proceso evolutivo de la institución de la responsabilidad civil con relación a la Administración Pública, tome en cuenta dos escenarios. El primero se va a centrar en su desarrollo a nivel europeo, mientras el segundo tendrá como marco el sistema jurídico nacional.

27.19.2.1. La responsabilidad de la Administración Pública en Europa

En el caso europeo podemos distinguir al menos cuatro fases, según lo estudiado por Leguina.[1275]

Una primera etapa se encuentra constituida por el período en el cual primaba la irresponsabilidad de los poderes públicos como pro-

[1272] Ortega, Luis. «La Responsabilidad Civil de la Administración Pública». *Thémis* 32, Segunda época, 1995, p. 17.

[1273] Mosset Iturraspe, Jorge. «La teoría general de la responsabilidad civil y el Derecho Administrativo». En: *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg. Op. cit.*, p. 764.

[1274] Ortega, Luis. *Op. cit.*, p. 17.

[1275] Citado por Ortega, Luis. «La Responsabilidad Civil de la Administración Pública». *Thémis* 32, *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

ducto del principio «el rey jamás se equivoca»,[1276] cuya mayor fuerza se encuentra en el período del absolutismo.

Por su parte, se sostiene que la segunda etapa se encuentra caracterizada por la imputación de los daños producidos exclusivamente a los agentes culpables.

La doctrina coincide en señalar que ambas etapas han sido superadas, puesto que los inconvenientes y dificultades que generaban no eran pocos, en tanto que en la mayoría de situaciones no se llegaba a la reparación del daño causado a la víctima. En principio, ello obedecía a que el patrimonio del agente público al que se imputaba la responsabilidad no ofrecía una garantía suficiente. De igual forma, en muchos casos no se lograba la determinación del funcionario culpable debido a lo complejo del sistema burocrático. A ello debemos agregar la visión actual de la Administración Pública, en donde debe asumir el riesgo de su actividad, de modo que sea responsable de los perjuicios que su actuación irrogue a los particulares. Como sujeto de relaciones jurídicas, la Administración Pública debe asumir tanto las prerrogativas como las obligaciones y consecuencias de su comportamiento.

De allí que la tercera etapa, en cambio, afirme la responsabilidad de la Administración Pública como principio general, pese a limitar

[1276] Recordemos que tal y como lo asevera Agustín Gordillo, en el Tomo I de su Tratado de Derecho Administrativo, dos de los principales principios del pasado son:
- La imposibilidad de demandar al soberano.– El soberano no podía, en el Estado de policía, ser llevado ante los tribunales como un litigante común, y tampoco pudo serlo en el Estado moderno durante mucho tiempo.
- La irresponsabilidad del soberano.– El Rey no podía dañar, esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico, y —por lo tanto— era irresponsable por los daños materiales que causara.

dicha responsabilidad a los daños causados por acciones ilegales o culpables.

Por otra parte, se dice que la cuarta etapa llega incluso más lejos en cuanto a la extensión y a los alcances de la responsabilidad de la Administración Pública, la cual se ha ido objetivando, tal como lo demuestra el ordenamiento jurídico español.

En palabras de Luis Ortega,[1277]

> Como señala Leguina, el sistema español se caracteriza en primer lugar por suponer un sistema unitario, que se aplica a todas las Administraciones Públicas y protege por igual a todos los sujetos privados. Su segunda nota consiste en su alcance general, dado que comprende todo tipo de actuaciones extracontractuales de la Administración, ya sean normativas, jurídicas o materiales, incluidas las inactividades u omisiones. En tercer lugar se trata de una responsabilidad directa, exigible ante la Administración sin necesidad de identificar al agente cuya conducta causare el daño, cubriendo así todo tipo de conductas anónimas. Finalmente, se trata de una culpa objetiva, independiente de todo elemento de culpa en la producción del daño. La ilicitud del hecho, deriva del acto dañoso que recibe injustificadamente el perjudicado, y no de una valoración de la conducta causante del mismo.

27.19.2.2. La responsabilidad de la Administración Pública en el Perú

El caso peruano responde a una dinámica similar con relación a las fases de evolución por las que ha atravesado la responsabilidad civil con respecto a la Administración Pública. Esta evolución se encuentra inherentemente vinculada al desarrollo de la responsabilidad civil del Estado.

[1277] Ortega, Luis. *Op. cit.*, p. 22.

En un primer momento, en el siglo XIX y con la vigencia del Código Civil de 1852, existía la convicción de que el Estado se encontraba protegido por una inmunidad soberana que impedía que se le pudiera imputar responsabilidad civil por sus actos.

Tal y como lo indica Fernando De Trazegnies,[1278] esa tesis excluye también la responsabilidad vicaria por los actos de sus subalternos, ya que esta tiene su fundamento en el Código Civil y el Estado no es sujeto de Derecho Privado sino Público.

A decir de De Trazegnies,[1279]

> Excepcionalmente, se reconoce el derecho a una indemnización a quienes han sufrido daños directos o intencionales por parte del Estado: los propietarios de las haciendas cuyo forraje fue utilizado por las caballadas del Ejército o cuyo almacén de víveres o de otros artículos fue utilizado para satisfacer las necesidades de alimento y vestido de la tropa, tienen derecho a una indemnización. En todos los demás casos, siempre que el daño tenga una finalidad o una causa privada, la responsabilidad civil afecta a las personas naturales que cometieron los daños y no al Estado. Y no puede desplazarse una responsabilidad al Gobierno con el argumento de que estos prestaban servicios al Estado ni de que el Gobierno actuó negligentemente en sus funciones regulares al no impedir los desmanes o actos dañinos.

Señala la doctrina que lo expuesto se traduce, a su vez, en la irresponsabilidad de la Administración Pública y en la responsabilidad estatal restringida a aquellos casos en que los daños sufridos por los particulares tenían como causante a algún miembro de las fuerzas armadas, a un agente del gobierno o a alguien que actuaba por las órdenes de este.

[1278] De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Op. cit.*, tomo I, p. 238.
[1279] *Idem.*

Con la entrada en vigencia del Código Civil de 1936 se adoptó un nuevo fundamento. Ya no se afirmaba la irresponsabilidad del Estado como principio, sino se buscaba precisar los alcances de su responsabilidad.

En este sentido la jurisprudencia nacional se pronunció ratificando la tesis tradicional por la cual el Estado debía responder ante daños que causase por acto directo e intencional. De igual forma, contempló nuevos supuestos.

Así, se admitió la responsabilidad del Estado o de los entes públicos cuando los daños se habían cometido por un acto arbitrario de la Administración Pública, aunque ese acto no implicara —en forma directa— un atentado contra la propiedad sino simplemente afectara un interés privado.

Como refiere De Trazegnies,[1280] la jurisprudencia fue incluso más lejos y responsabilizó civilmente también al Estado por los daños causados por negligencia en el ejercicio de sus funciones, en tanto que Estado; supuesto en el que no nos encontramos ya ante una violación directa de la propiedad ni ante un acto directo de la Administración, realizado más allá de sus facultades, que vulnera un interés privado, sino más bien ante actos autorizados por reglamentos, pero cuya ejecución ha sido negligente.

A decir de la doctrina consultada, a esto se suma la responsabilidad que puede imputarse al Estado por el mantenimiento defectuoso de los servicios públicos y los cometidos en ejercicio de su actividad privada, cuando actúa como cualquier particular. La primera de las

[1280] *Ibidem*, p. 242.

situaciones imputables se encuentra vinculada, como se observa, a la Administración Pública.

La responsabilidad del Estado y de la Administración Pública se encuentra consagrada en el Código Civil de 1984. Lo anterior se puede afirmar en la medida que las normas que regulan la institución de la responsabilidad civil no hacen excepción alguna con respecto al Estado, o a los entes que conforman la Administración Pública.

27.19.3. Una nueva perspectiva de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública

La breve reseña que acabamos de realizar nos permite concluir, en este punto, que hoy prevalece el principio de la responsabilidad civil de la Administración Pública, en tanto el Estado ha perdido la inmunidad que las antiguas teorías le conferían, gracias a un proceso evolutivo en el que la visión del Estado y de la Administración Pública se han ajustado a las necesidades de la época tratando de equilibrar el interés general y el interés de los particulares en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ello, además, nos está conduciendo a una objetivación de la responsabilidad de la Administración Pública, donde el elemento esencial en la construcción de dicha responsabilidad está constituido por el daño.

Efectivamente, la configuración de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública tiene como eje central al daño, en tanto la conducta antijurídica se convierte en un elemento accidental sin el cual, aun así, puede nacer la obligación de indemnizar. De esta manera, la Administración Pública responde no solo por los daños que sean producto de su actuar ilícito, sino también por aquellos que sean consecuencia de su actuar lícito.

A tal efecto, resulta imprescindible acudir a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, la misma que, en el Capítulo I de su Título V[1281] se encarga de señalar las disposiciones generales en torno a este tema:

Artículo 238.- «Disposiciones Generales

1. Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

2. La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

3. El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

4. Sólo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

5. La cuantía de la indemnización incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo.

Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la exis-

[1281] Por su parte, el Capítulo II del Título V de la Ley N.º 27444 se refiere a la responsabilidad de las autoridades y personal de servicio de la Administración Pública.

tencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución».

La lectura del precepto citado permite apreciar los principales criterios a seguir con respecto al análisis de la responsabilidad civil de la Administración. En general, se trata de una norma bastante clara que brinda la base sobre la cual debe realizarse la evaluación de la responsabilidad.

Destaca, en este sentido, lo que ya hemos resaltado anteriormente, esto es, que la obligación de indemnizar puede derivarse tanto de daños que tengan como origen un acto ilícito, como de aquellos que se derivan de una conducta que no se adecúa a las normas, siempre y cuando la Administración se encuentre actuando en el ámbito del Derecho Público, pues de lo contrario se aplicarían las normas generales de Derecho Civil contenidas en el Código de 1984.

La única excepción a este novedoso principio, es que el daño se haya producido por motivo de fuerza mayor, supuesto en el cual se resquebraja la relación de causalidad y no resulta posible imputar responsabilidad a la Administración.

A estas consideraciones debemos agregar que la norma también indica expresamente —en sus incisos 3, 4 y 5— cuáles son las pautas que debe revestir el daño para ser indemnizable, en tanto señala los criterios que el juez debe tener presente para calcular el monto de la indemnización.

En ese sentido conviene hacer hincapié en el inciso 4 de la norma transcrita. Dicho apartado, al hablar sobre daños que el administrado no tenga el deber legal de soportar, se refiere, como resulta claro, únicamente a los casos en los que el daño es el producto del actuar ilícito de la Administración. Así, no será indemnizable el daño cuyo origen sea una conducta que responda adecuadamente a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Estos principios generales, como es evidente, deben complementarse con los propios de la responsabilidad civil extracontractual.

La norma dispone, asimismo, que la Administración puede repetir contra los funcionarios o contra el personal responsable del daño, siguiendo para ello los principios que se prevén en el último párrafo del precepto y que coinciden con los principios propios de la responsabilidad civil.

La teoría subjetiva o de la culpa —como fundamento de la responsabilidad civil de la Administración Pública— ofrece serios inconvenientes dentro de este esquema. Entre dichos inconvenientes destacan, en principio, las dificultades probatorias en cuanto al actuar doloso o negligente de la Administración. Del mismo modo, esta teoría, al fundarse en la noción de hecho ilícito, complica la conceptualización de la responsabilidad de la Administración, ya que no logra abarcar los supuestos en los que la responsabilidad deviene de una conducta lícita, por lo que es preciso abandonarla.

Al respecto, De Trazegnies se ha pronunciado a favor de la tesis de la difusión social del riesgo. El citado profesor comenta que si no ha existido una causa exclusivamente individual como el dolo o la culpa inexcusable, supuesto en el que responde quien puso esa causa exclusiva, el peso económico del daño debe ser solidariamente distribuido entre todos los miembros de la sociedad. Y los daños causados por el Estado en general, o la Administración Pública en particular, no son una excepción.[1282]

[1282] De Trazegnies Granda, Fernando. *Op. cit.*, tomo I, p. 259.

Sin perjuicio de calificar como válida esta postura, consideramos más preciso, para el supuesto que analizamos en este capítulo, que el fundamento de la responsabilidad tenga como idea central la noción de Estado de Derecho.

Lo que se busca —tal y como lo venimos expresando— es el equilibrio entre el interés general que persigue la Administración Pública con su actuación, y el interés particular de los administrados, de modo que se garanticen los derechos e intereses de estos. Dicho razonamiento, propio de un Estado democrático y de Derecho, logra fundamentar la responsabilidad tanto por actos ilícitos como aquella que emana de actos lícitos de la Administración.

Para comprender mejor esto último, vale decir, la posibilidad de una actuación ilícita o una lícita como causa del daño resarcible, debemos referirnos nuevamente al principio de legalidad que sustenta todo el desenvolvimiento del Derecho Administrativo y de la Administración Pública.

En términos generales, la actuación de la Administración Pública puede describirse como reglada, en la medida que la misma se lleva a cabo en el marco de lo expresamente dispuesto por la ley. No obstante, hay situaciones en las cuales la propia norma otorga a la Administración potestad discrecional, de modo que frente a un espectro de respuestas válidas, puede escoger una.

La actividad reglada de la Administración tiene un determinado procedimiento y contenido, cuya ejecución se encuentra expresamente señalada por la norma jurídica. De ello se infiere que todo acto de la Administración que contravenga lo dispuesto en la norma supone una conducta antijurídica, que —de ocasionar un daño— puede dar lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar por parte de la Administración.

El poder discrecional, por otra parte, está igualmente sujeto a la norma jurídica, pero dentro del marco general de la competencia del órgano. La potestad discrecional contempla un rango de mayor o menor amplitud de acciones posibles dentro de la competencia establecida, siendo todas aquellas acciones igualmente válidas desde el punto de vista legal. Si dentro de ese marco, la actuación de la Administración genera un daño resarcible al administrado, también deberá indemnizarlo.

Coincidimos con la doctrina consultada en el sentido que la discrecionalidad, como se observa, no equivale a libertad absoluta e irrestricta por parte de la Administración, la misma que en todo momento debe seguir los principios que informan su actuación y que se encuentran contemplados de manera general en la Ley N.° 27444, y de manera específica en las leyes que regulan la actuación y organización de cada uno de los entes o entidades que forman parte de la Administración Pública.

Del mismo modo, constituye criterio unánime el no confundir discrecionalidad con arbitrariedad, pues lo segundo se encuentra fuera del ámbito del Derecho, ya que se trata de una conducta antijurídica.

27.19.4. A modo de conclusión

Este breve examen —que nos sirve para tener una visión de los criterios aplicables en un tema como el de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública— nos permite tomar conciencia, una vez más, de los complejos problemas a los que el Derecho busca dar solución.

El campo de la responsabilidad civil de la Administración Pública —y del Estado, en general— ha evolucionado notablemente a lo largo del último siglo. Hoy, además de aceptar dicha responsabilidad como un principio, la extendemos no solo a los daños que son pro-

ducto de una conducta antijurídica, sino también a los que tienen como causa un actuar conforme a Derecho.

Las necesidades de la época en que vivimos nos han orientado a una objetivación de la responsabilidad patrimonial, tendencia que ha guiado a nuestra jurisprudencia desde hace algunos años y que se encuentra en el espíritu y en las pautas del artículo 238 de la Ley de Procedimiento General Administrativo, que entró en vigencia en octubre del año 2001.

Es a esa norma a la que tenemos que recurrir al momento de evaluar cada caso concreto que tenga como agente o causante del daño a la Administración Pública, actuando como tal y no como particular. De ser este último el supuesto, los preceptos a seguirse serían los consignados en el Código Civil de 1984.

El fundamento de responsabilidad civil de la Administración se sintetiza en dos principios básicos. Por un lado, se trata de dar a la víctima una compensación o reparación por el daño injusto que ha sufrido; por otro, la reparación deviene como consecuencia lógica del Estado de Derecho.

Así, es preciso entender que ambos principios se entrelazan, no siendo excluyentes el uno del otro. Incluso, podríamos sostener que el segundo incluye al primero, puesto que no hay verdadera democracia y verdadero Estado de Derecho en aquellos supuestos en los que la víctima debe afrontar las cargas económicas de un hecho dañino originado en la conducta del agente.

Tomando en cuenta todas estas consideraciones es posible afirmar que la responsabilidad de la Administración Pública por los daños causados en ejercicio de su función administrativa, requiere de un examen que contemple tanto los principios generales de la responsabilidad civil contenidos en las normas de Derecho Privado, como

aquellas normas específicas que brindan una respuesta también específica a los conflictos que la función administrativa puede conllevar. Un examen adecuado debe, asimismo, analizar los hechos partiendo de los principios que informan y sostienen al Derecho Administrativo, pues ellos servirán de base para determinar si el daño es o no indemnizable. Ello, por cuanto a través de estos principios podremos determinar si efectivamente nos encontramos frente a un comportamiento antijurídico de la Administración o frente a una conducta lícita, cuyos perjuicios no deben ser asumidos, según la propia ley, por la Administración, ya sea porque la norma lo señala expresamente o porque cumple con ciertos requisitos como la proporcionalidad o la razonabilidad.

Tal situación, por supuesto, no significa renunciar a los principios propios de la responsabilidad civil; simplemente implica aceptar que esta no se desenvuelve de manera uniforme en todos los ámbitos, pues cada uno ofrece matices distintos frente a los cuales no puede permanecer indiferente.

27.20. Responsabilidad civil del Estado en ejercicio de su función jurisdiccional

Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen, en la actualidad, que el Estado posee personalidad única e indivisible, de carácter público, a pesar de obrar, en ocasiones, como persona de derecho privado. Igualmente —y tal como pudimos apreciar en el Capítulo precedente— se ha consagrado la responsabilidad total y amplia del Estado por los actos administrativos lícitos e ilícitos, e incluso por los hechos ilícitos cometidos por sus agentes. A ello se suma el reconocimiento del derecho del Estado a repetir contra el funcionario culpable lo que hubiera tenido que desembolsar previamente.

Siguiendo a Luis O. Andorno,[1283] resulta útil resaltar que mientras la responsabilidad de la Administración es directa cuando se trata del hecho de funcionarios, se vuelve indirecta o refleja, si nace de los restantes agentes de la administración, los empleados, que no la representan hacia el exterior. En los supuestos en que la responsabilidad tiene como fuente actos ilícitos, la misma puede ser refleja o directa, dependiendo del caso concreto. En cambio, en los supuestos de actividad lícita lesiva del Estado, la regla general es que la responsabilidad del Estado es siempre directa y exclusiva de este.

No obstante, la responsabilidad del Estado no solo puede originarse como producto de los daños derivados del ejercicio de su función administrativa. A decir verdad, las posibilidades de que el Estado cause daños son innumerables, en la medida que las actividades que realiza son diversas.

Enoch Aguiar[1284] indicaba, siguiendo a la doctrina francesa de su época, que los daños provocados por la actuación del Estado pueden tener como causa tres razones:

- Porque el servicio estatal no funcionó.
- Porque el servicio estatal funcionó mal.
- Porque el servicio estatal funcionó tardíamente.

En este orden de ideas, es factible afirmar que la responsabilidad puede configurarse como consecuencia de cualquier acción u omisión de la actividad estatal en sentido amplio, es decir, de actos gu-

[1283] Andorno, Luis O. «La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva». En: *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Op. cit.*, p. 79.

[1284] Citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad civil.* Buenos Aires: Hammurabi., 1992, p. 434.

bernamentales propiamente dichos, de actos legislativos o de actos jurisdiccionales.

En las siguientes páginas centraremos nuestro análisis en este último supuesto, esto es, en la responsabilidad estatal derivada del ejercicio de la función jurisdiccional. Con este fin, efectuaremos, en primer lugar, una breve revisión de algunas nociones claves vinculadas a este importante tema.

Asimismo, adoptaremos como punto de partida las acotaciones de Aída Kemelmajer de Carlucci.[1285] La citada profesora argentina no ha dudado en resaltar que las actuaciones judiciales susceptibles de causar daños son muy variadas. Ante estas situaciones, la víctima que pretende indemnización por esas resoluciones —a diferencia de los damnificados por otro tipo de actividades— se encuentra con una primera barrera: una decisión judicial que dispone la producción de la medida que le causa el daño. Esta dificultad se acrecienta cuando esa decisión ha pasado en autoridad de cosa juzgada y no existe posibilidad jurídica de revisarla, impidiendo calificar el daño como ilegítimo y, consecuentemente, evitando el nacimiento de la obligación de reparar. No obstante, si la cosa juzgada ha sido removida por algún medio legal, el derecho a la indemnización no tendrá más obstáculos que los que tiene cualquier supuesto en el que se discute la responsabilidad del agente.

27.20.1. La administración de justicia: El Poder Judicial

Como hemos expresado anteriormente, el Estado es un sujeto de derecho que, como tal, cuenta con personalidad jurídica, toda vez que posee, asimismo, personalidad política.

[1285] Kemelmajer De Carlucci, Aída. *Temas modernos de responsabilidad civil.* Lima: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Asesorandina, 1991, pp. 24 y 25.

A decir de Ortiz Rivero,[1286]

> En forma corriente se afirma que el individuo tiene contra el Estado derecho a la seguridad, es decir, a que se adopten las garantías necesarias en su favor contra la arbitrariedad. Estas garantías normalmente se han previsto en la separación de poderes, en la repartición de funciones, en la responsabilidad de funciones.

Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados; cuantos más, mejor.[1287] El Estado tendrá, de esta forma, diversos tipos de órganos: legislativos, judiciales, administrativos y autoridades administrativas independientes, con una tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder como garantía de libertad.[1288]

En ese orden de ideas, el Poder Judicial se presenta como el órgano encargado de administrar justicia, ejerciendo, de esa manera, la función jurisdiccional del Estado que consiste —a grandes rasgos— en decir Derecho.

Al definir la función jurisdiccional como la decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente, observamos que comprende dos elementos. Por un lado, un elemento material (u objetivo), que se refiere a lo

---

[1286] ORTIZ RIVERO, Jaime Antonio. *La responsabilidad civil del órgano jurisdiccional.* Lima: Nálica, 2001, p. 55.

[1287] En ese sentido se pronuncia nuestra Carta Política de 1993:
Artículo 43.- «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».

[1288] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo.* Fundación de Derecho Administrativo. Reimpresión 5ª ed., Buenos Aires, 1999, Parte General, tomo I. En: http://www.gordillo.com/TomoI.htm

que la función es en su contenido (decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes); y, por otro, un elemento orgánico (o subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la función (los jueces, órganos imparciales e independientes).[1289]

[1289] Con estos dos elementos, Agustín Gordillo delimita la función jurisdiccional, con lo que nos permite observar que la misma solo puede ser ejercida por el órgano jurisdiccional:
«En lo que respecta a la función jurisdiccional, el problema se repite en sus partes principales; desde el punto de vista material u objetivo, podemos considerarla como la decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes. De acuerdo con este primer concepto objetivo, que atiende al contenido de la función, podría parecer a primera vista que ella puede en ciertos casos ser ejercida también por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo.
En efecto, en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares o entre ella misma y los particulares; pero advertimos inmediatamente que lo que allí ocurre es sólo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es semejante, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que ésta.
El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser definitiva, y además que sea producida precisamente por un órgano imparcial e independiente. Sería inconstitucional, en ese sentido y a la luz de las normas y principios constitucionales, querer atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva sin posibilidad de que estos recurran ante la justicia. El particular puede renunciar, si quiere, a plantear la cuestión ante la justicia, pero ello no altera la naturaleza de la actividad desarrollada en tal caso por la administración, que sigue siendo típicamente actividad administrativa, sin participar del régimen jurídico de la función jurisdiccional.
El régimen jurídico de la función jurisdiccional, entonces, sólo se aplica a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos jurisdiccionales: no así a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos: el régimen jurídico pertinente se aplica sólo cuando el acto es materialmente el que corresponde y además ha sido dictado por el órgano a quien compete realizar la función: el juez. Bien se comprenderá que no es ésta una mera cuestión de clasificaciones ni definiciones: estamos en uno de los pilares básicos sin los cuales no existe Estado de Derecho, y en un país como el nuestro con constantes falencias, no puede alimentarse la hoguera con indefiniciones semánticas».

El artículo 139[1290] de la Constitución Política del Perú establece una serie de principios sobre los cuales se funda la administración de

[1290] Constitución Política del Perú de 1993:
Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.
No hay proceso judicial por comisión o delegación.
2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.
Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
6. La pluralidad de la instancia.
7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar.
8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.
9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.
10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

justicia que tiene a su cargo el Estado. Allí se señala que el Poder Judicial, a través de sus órganos jurisdiccionales, es el único llamado a administrar justicia en todo el territorio nacional. Esta regla de carácter general únicamente cuenta con dos excepciones expresamente indicadas en el texto constitucional: la extensión jurisdiccional y el derecho consuetudinario.

Ahora bien, en la medida que en un Estado nuestros actos y responsabilidades son regidos por leyes que el Poder Judicial debe hacer

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.
12. El principio de no ser condenado en ausencia.
13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.
14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.
15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.
16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.
17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley.
18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida.
19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad.
20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.
21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados.
22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad».

cumplir, se hace necesario —para lograr que la justicia esté al servicio del pueblo— que exista un Sistema Judicial. Se requiere, por consiguiente, una organización que permita que el ciudadano pueda acceder a la justicia según diferentes niveles e instancias relacionadas con la gravedad de su falta o delito. Los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial responden a esa necesidad cumpliendo su función con las especialidades y los procedimientos que establecen la Constitución y las leyes.

De esta forma, al observar la estructura del Poder Judicial, distinguimos:

- La Corte Suprema de Justicia de la República;
- Las Cortes Superiores de Justicia, en los respectivos Distritos Judiciales;
- Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las Provincias respectivas;
- Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede;
- Los Juzgados de Paz.

A entender de Marcial Rubio,[1291] «Así establecido en sus rasgos generales, el Poder Judicial es unitario en el sentido que sus diferentes niveles de organización están integrados en un solo órgano del Estado. Además, la organización del Poder judicial es jerárquica según el orden de precedencia de los órganos antes señalados».

[1291] Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho.* Colección de textos jurídicos. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 57.

A ello debemos añadir que en su ejercicio funcional, el Poder judicial es autónomo en lo político, administrativo, económico y disciplinario; e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución.

La Ley Orgánica del Poder Judicial[1292] se encarga de regular el funcionamiento del Poder Judicial, estableciendo su estructura orgánica y precisando sus funciones. Esta ley define los derechos y deberes de los magistrados, quienes son los encargados de administrar justicia; de los justiciables, que son aquellos que están siendo juzgados o quienes están solicitando justicia; y de los auxiliares jurisdiccionales, que son aquellas personas encargadas de brindar apoyo a la labor de los integrantes de la Magistratura.

27.20.2. Responsabilidad de los jueces

Por su parte, la figura del juez o magistrado puede concebirse desde una doble perspectiva: como juez funcionario y como juez administrador de justicia. En realidad, ambos aspectos se encuentran vinculados de tal forma que es imposible dividirlos para otros efectos que no sean metodológicos.

Desde el primer punto de vista, es decir, desde la perspectiva de funcionario, el juez es catalogado como un profesional, con poder de mando y coerción dedicados exclusivamente a la administración de justicia en un territorio determinado por ley. En cuanto administrador de justicia, el juez es visto como simple expresión de la voluntad del Estado en su potestad jurisdiccional.

[1292] La Ley Orgánica del Poder Judicial vigente en la actualidad, tiene su origen en el Texto Único Ordenado, Decreto Supremo N.° 017-93-JUS, promulgado el 28 de mayo de 1993 y publicado el 2 de junio del mismo año, consta de 304 artículos, una Disposición Complementaria Única y 33 Disposiciones Finales y Transitorias.

La fusión de ambas perspectivas nos lleva a advertir que el juez es el funcionario judicial nombrado por el Estado para administrar justicia y está investido de los poderes propios de la jurisdicción, vale decir, la documentación, decisión y coerción, con el objeto de que logre desempeñar la actividad que le ha sido asignada: decir Derecho en un caso concreto.[1293]

Los magistrados o jueces, por consiguiente, poseen una serie de deberes, derechos, facultades y prohibiciones,[1294] que delimitan su actuación tanto como funcionarios públicos como administradores de justicia.

[1293] ORTIZ RIVERO, Jaime Antonio. *Op. cit.*, p. 26.

[1294] Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Decreto Supremo N.° 017-93-JUS:

Artículo 184.- Son deberes de los Magistrados:

1. Resolver con celeridad y con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso;
2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada por las partes o lo haya sido erróneamente;
3. A falta de norma jurídica pertinente, los Magistrados deben resolver aplicando los principios generales del Derecho y preferentemente los que inspiran el Derecho Peruano;
4. Convalidar los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si han alcanzado su finalidad y no han sido observados, dentro del tercero día, por la parte a quien pueda afectar;
5. Sanear en materia civil, agraria y laboral las irregularidades y nulidades del proceso, dictando el auto de saneamiento procesal correspondiente, conforme a ley;
6. Guardar absoluta reserva sobre los asuntos en los que interviene;
7. Observar estrictamente el horario de trabajo establecido, así como el fijado para los informes orales y otras diligencias. Su incumplimiento injustificado constituye inconducta funcional;
8. Dedicarse exclusivamente a la función judicial. No obstante, puede ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas, a tiempo parcial, hasta por ocho horas semanales de dictado de clases y en horas distintas de las que corresponden al despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, puede realizar labor de investigación jurídica, fuera de las horas del despacho judicial, e intervenir a título personal en Congresos y Conferencias;

9. Residir en el lugar donde ejerce el cargo, o en otro lugar cercano de fácil e inmediata comunicación. Para este último caso se requiere autorización previa del Consejo Ejecutivo respectivo;
10. Exigir a las partes precisen sus pretensiones, cuando de la demanda, de la contestación o de la reconvención, en su caso, se advierten deficiencias o confusiones;
11. Rechazar de plano la demanda o reconvención, cuando estén sujetas a un término de caducidad y se advierte que éste ha vencido;
12. Evitar la lentitud procesal, sancionando las maniobras dilatorias así como todos aquellos actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;
13. Denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones que sean contrarios a la decencia o la respetabilidad de las personas, haciendo testar las frases inconvenientes, sin perjuicio de la respectiva sanción;
14. Denunciar ante el Ministerio Público los casos de ejercicio ilegal de la abogacía;
15. Presentar su respectiva declaración jurada al asumir y al dejar el cargo, trianualmente, y cada vez que su patrimonio y rentas varíen significativamente; y
16. Cumplir con las demás obligaciones señaladas por ley.

Artículo 185.- Son facultades de los Magistrados:

1. Propiciar la conciliación de las partes mediante un comparendo en cualquier estado del juicio. Si la conciliación se realiza en forma total se sienta acta indicando con precisión del acuerdo a que lleguen las partes. Si es sólo parcial, se indica en el acta los puntos en los que las partes están de acuerdo y aquellos otros en que no están conformes y que quedan pendientes para la resolución judicial. Ratificadas las partes en el texto del acta, con asistencia de su respectivo Abogado, proceden a firmarla, en cuyo caso los acuerdos que se hayan concertado son exigibles en vía de ejecución de sentencia, formando cuaderno separado cuando la conciliación es sólo parcial. No es de aplicación esta facultad, cuando la naturaleza del proceso no lo permita;
2. Solicitar el o los expedientes fenecidos que ofrezcan las partes en prueba, o de oficio para mejor resolver, cuando la causa que conocen se halle en estado de sentencia. Los expedientes en trámite sólo pueden ser excepcionalmente pedidos de oficio, por resolución debidamente fundamentada. En caso de existir diligencia pendiente con día señalado, ésta se actúa antes de remitir el expediente. En cualquier otro caso, la remisión del expediente se efectúa al día siguiente de recibido el oficio que lo solicita y su devolución se hace en el plazo perentorio de cinco días después de recibido;
3. Ordenar la detención, hasta por veinticuatro horas, de quienes, en su despacho o con ocasión de las actuaciones judiciales, los injurien, agravien, amenacen o coaccionen por escrito o de palabra, o que promuevan desórdenes, pudiendo denunciar el hecho ante el Ministerio Público;
4. Solicitar de cualquier persona, autoridad o entidad pública o privada los informes

que consideren pertinentes, para el esclarecimiento del proceso bajo su jurisdicción. El incumplimiento al mandato del Juez se sanciona con multa no mayor del 5% de la Unidad de Referencia Procesal, sin perjuicio de la acción penal que corresponda;
5. Dictar las medidas disciplinarias que establecen las leyes y reglamentos; y,
6. Solicitar rectificaciones a través de los medios de comunicación social, en defensa de su honorabilidad, cuando ésta haya sido cuestionada, dando cuenta a su superior jerárquico, sin perjuicio de formular la denuncia que corresponda.

Artículo 186.- Son derechos de los Magistrados:
1. La independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales;
2. La estabilidad en el cargo, de acuerdo a la Constitución y las leyes;
3. A ser trasladados, a su solicitud y previa evaluación, cuando por razones de salud o de seguridad debidamente comprobadas, no sea posible continuar en el cargo;
4. La protección y seguridad de su integridad física y la de sus familiares;
5. Percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía, la que no puede ser disminuida de manera alguna. Para estos fines se toma en cuenta lo siguiente [...];
6. Los Magistrados comprendidos en la carrera judicial titulares y suplentes que hubieran desempeñado o desempeñen judicaturas provisionalmente, percibiendo remuneraciones correspondientes al cargo titular, tienen derecho a que su tiempo de servicios sea reconocido y considerado para el cómputo de la antigüedad en el cargo;
7. Gozar de la cobertura de un seguro de vida cuando trabajan en zonas de emergencia;
8. La Corte Suprema, promueve y apoya el estudio y ejecución de planes destinados a dotar progresivamente de viviendas a los Magistrados y demás trabajadores del Poder Judicial; y,
9. Los demás que señalen las leyes.

Artículo 196.- Es prohibido a los Magistrados:
1. Defender o asesorar pública o privadamente, salvo en causa propia, de su cónyuge, concubino, ascendiente o descendiente y hermanos.
2. Aceptar de los litigantes o sus abogados o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria a su favor o en favor de su cónyuge, concubino, ascendientes, descendientes o hermanos.
3. Ejercer el comercio o la industria o cualquier actividad lucrativa personalmente o como gestor, asesor, empleado, funcionario o miembro o consejero de juntas, directorios o de cualquier organismo de entidad dedicada a actividad lucrativa;
4. Admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales;
5. Ausentarse del lugar donde ejerce el cargo, salvo el caso de vacaciones, licencia o autorización del Consejo Ejecutivo;
6. Ejercer labores relacionadas con su función fuera del recinto judicial con las excepciones de ley. Esta prohibición es extensiva a todos los servidores del Poder Judicial;
7. Conocer un proceso cuando él, su cónyuge o concubino, tenga o hubiera tenido interés o relación laboral con alguna de las partes. Exceptúase de la prohibición a que se refiere el presente inciso los procesos en los que fuera parte el Poder Judicial; y
8. Realizar otras actividades expresamente prohibidas por ley.

A efectos de estas consideraciones nos interesa insistir en que el deber fundamental del juez es el de administrar justicia; obligación de carácter general que implica, a su vez, obligaciones más específicas.[1295] Así, se encuentra obligado a aplicar la ley y, ante las circunstancias del caso y por deficiencia de la propia ley, a administrar justicia mediante la aplicación de los principios generales del Derecho, de la jurisprudencia o la doctrina. Igualmente, está obligado a motivar sus sentencias y resolver de acuerdo a los principios de celeridad y discreción.

Las obligaciones de los magistrados —y del órgano jurisdiccional— tienen como correlato los derechos con los que cuentan los justiciables, por lo que delimitar aquellas obligaciones resulta singularmente importante, puesto que su infracción o violación podrá determinar la procedencia de una acción de responsabilidad civil en contra de los jueces.

Según criterio uniforme de la doctrina consultada, es necesario seguir ciertas pautas a la hora de evaluar y calificar los hechos. De este modo, para poder imputar responsabilidad a los funcionarios públicos en general, y a los magistrados en particular, resulta indispensable tener presente tres presupuestos de primer orden:

[1295] Lógicamente, estas obligaciones se deben interpretar a la luz de los principios contenidos en nuestro texto constitucional.

1. La existencia de una relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión del sujeto y el daño injusto sufrido por la víctima.

2. Que la actuación del agente, sea esta una acción o una omisión, haya sido en ejercicio de su función pública.

3. Que dicha actuación suponga el cumplimiento irregular de sus obligaciones legales, lo que no puede aislarse de la perspectiva constitucional, valorando esta premisa no desde el mero formalismo, sino teniendo en cuenta también «los valores y principios» resguardados por el ordenamiento jurídico.

A partir de estas proposiciones, y de acuerdo con Mosset Iturraspe,[1296] podemos señalar como primera conclusión que la actuación o la omisión debe haber sido irregular. De esta forma, si el magistrado se ha limitado a cumplir lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, no cabe imputarle responsabilidad alguna.

Una segunda conclusión se infiere de este último comentario; esto es, que la responsabilidad del juez exige un factor subjetivo de atribución. Así, si los daños y perjuicios tienen como causa fallas en la organización del Estado, y no es posible imputar dolo o culpa al juez, únicamente deberá responder el primero.

Ahora bien, tomando como premisa las ideas delineadas, nuestro siguiente paso consistirá en revisar la legislación que regula esta materia.

Advertimos, entonces, que la Constitución vigente, a diferencia de la de 1933, no consagra la responsabilidad de los magistrados por los

[1296] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 443.

actos que practiquen en ejercicio de sus funciones. A pesar de ello, tal principio es aún considerado como un axioma jurídico.

La doctrina consultada recuerda que el Código de Procedimientos Civiles de 1912 se encargaba de este tema de manera específica en su artículo 1061, el que establecía que los jueces eran civilmente responsables cuando en el ejercicio de sus funciones procediesen con dolo, culpa, y negligencia o ignorancia inexcusables.

Los autores coinciden en que hoy, bajo la perspectiva de una nueva regulación jurídica, la responsabilidad de los jueces se funda en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Civil de 1993, normas que buscan adecuarse a los principios postulados en la Constitución Política de 1993.

De este modo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 200, señala expresamente que los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causan, con arreglo a las leyes de la materia, toda vez que las acciones derivadas de esta responsabilidad se rigen por sus normas respectivas.[1297]

Por su parte, el Código Procesal Civil de 1993, en un esfuerzo por dar una solución más moderna y práctica, responsabiliza tanto al juez como al Estado, señalando algunas hipótesis que, objetivamente, permiten a los justiciables accionar contra los jueces sin necesidad de demostrar la intencionalidad de su actitud,[1298] lo que se desprende de las normas contenidas entre los artículos 509 y 514 del citado cuerpo legislativo:

[1297] Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N.° 017-93-JUS), regula lo referente a la responsabilidad penal, administrativa y disciplinaria de los magistrados.

[1298] Ortiz Rivero, Jaime Antonio. *Op. cit.*, p. 52.

Artículo 509.- «El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado.

Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte».

Artículo 510.- «Se presume que el Juez actúa con dolo o culpa inexcusable cuando:

1. La resolución contraría su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.

2. Resuelve en discrepancia con la opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o en base a fundamentos insostenibles».

Artículo 511.- «Cuando la responsabilidad se atribuya a un Juez Civil, Juez de Paz Letrado o Juez de Paz, es competente la Sala Civil del Distrito Judicial correspondiente.

La Sala Civil de la Corte Suprema es competente respecto de la responsabilidad atribuida a los vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores».

Artículo 512.- «Antes de proveerse la demanda, el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedencia de ésta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad.

La resolución que declara improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo».

Artículo 513.- «La demanda sólo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño».

Artículo 514.- «La demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño».

Así, la lectura de estas normas nos permite delimitar —junto con la doctrina consultada— los requisitos[1299] que se exigen para la procedencia de la acción de responsabilidad civil de los jueces:

(a) En primer lugar se requiere que los jueces hayan actuado en el ejercicio de su función jurisdiccional con dolo o con culpa inexcusable. La carga de la prueba corresponde al demandante, salvo que sea de aplicación el artículo 510, que establece dos presunciones *iuris tantum,* por las cuales la carga de la prueba se invierte, correspondiendo al demandando (esto es, al magistrado) probar la ausencia de dolo o culpa inexcusable en su actuación.

(b) Como segunda exigencia se establece, explícitamente, que la acción solo le corresponde a las personas perjudicadas por los daños ocasionados por los magistrados infractores. Así, el proceso de responsabilidad civil de los jueces en los supuestos

[1299] *Ibidem,* pp. 53 y 54.

consagrados en las normas bajo análisis, nunca puede ser iniciado de oficio; solo lo pueden iniciar las partes o los terceros agraviados.

(c) Se requiere, además, para que el proceso pueda iniciarse, que el interesado previamente haya agotado todos los recursos legales existentes y disponibles contra el auto o sentencia que lo perjudicó. De aquí que la acción por la cual se exige la responsabilidad de los jueces sea subsidiaria.

(d) A lo anterior se agrega un último requisito: que la acción se interponga dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución que causó el daño. De esta forma, a diferencia del derogado Código de Procedimientos Civiles, el Código Procesal Civil de 1993 ya no otorga como plazo de caducidad el de seis meses, sino que lo ha reducido a la mitad.

Es preciso tener en cuenta que tanto en lo que respecta al monto del resarcimiento, como a la carga de la prueba del daño causado y a la exoneración de la existencia de dicho daño, son de aplicación las normas del Código Civil, en cuanto sean pertinentes.

Los artículos 517 y 518 del Código Procesal citado, por su parte, regulan los efectos de la sentencia, según se declare fundada o infundada la demanda:

> Artículo 517.- «La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio.
>
> En ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional».

> Artículo 518.- «Si al declarar infundada la demanda, el Juez considera que el demandante ha actuado con malicia, o si durante el proceso ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado, le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 4».

Cabe agregar que el artículo 516 del mismo Código dispone expresamente que la responsabilidad en estos supuestos es solidaria entre el Estado y el juez. La norma citada, que luego transcribimos, se explica por el hecho de que el Estado ha monopolizado la administración de justicia, frente a los daños y perjuicios de todo orden que pudieran derivarse del ejercicio de esa actividad, lo que conlleva el surgimiento de su responsabilidad directa en los casos en los que, en ejercicio de su función jurisdiccional, cause daños injustos. Recordemos que nos encontramos frente a una función de especial significación y jerarquía, en la que participan magistrados y funcionarios.[1300]

> Artículo 516.- «La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio».

Sin perjuicio de las consideraciones que acabamos de esbozar, debemos reconocer que los cuestionamientos formulados por Fernando De Trazegnies[1301] respecto al tema de la responsabilidad personal de los jueces no dejan de ser significativos:

[1300] Andorno, Luis O. «La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva». En: *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Op. cit.*, p. 80.

[1301] De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Op. cit.*, tomo II, pp. 279 y 280.

Sin embargo, la responsabilidad personal de los jueces es una institución que, por lo menos, da lugar a múltiples suspicacias y que debe ser objeto de profunda meditación. No cabe duda de que la posibilidad de que el juez pueda ser responsabilizado económicamente por sus sentencias puede llevarlo a resolver con cierta lenidad cuando sus fallos involucran poderosos intereses patrimoniales, como una medida de preservar su propia integridad económica. ¿Qué juez se atreverá a ordenar la paralización de una fábrica contaminante si corre el riesgo de que, ante una acción de responsabilidad instaurada por la empresa propietaria, otro juez disponga que la medida era equivocada y que, consecuentemente, el juez que la ordenó debe abonar una suma millonaria por los daños y perjuicios causados por tal medida? ¿Qué Tribunal se atreverá a declarar fundado un amparo contra una medida del Gobierno, si después éste puede demandarlo para que pague de su peculio los daños pretendidamente causados al país por impedir la ejecución de una disposición administrativa que se considera fundada en el bien social? Se trata de riesgos muy graves que gravitarán indudablemente en el razonamiento del juez y en su apreciación de las circunstancias.

27.20.3. Responsabilidad del Estado

Señala la doctrina consultada que las interrogantes planteadas han llevado a la tradición anglosajona a negar la responsabilidad de los magistrados. Otros sistemas, en cambio, optan por su aplicación en casos excepcionales, como una medida para lograr un equilibrio adecuado entre la posibilidad del juez de cumplir con sus funciones sin temor a ser demandado, y la imputación de responsabilidad en los supuestos que por su naturaleza lo ameriten.

Estas ideas nos introducen directamente en el tema de la responsabilidad imputable al Estado por el ejercicio de sus funciones que, como ya indicáramos, puede tener diversas causas. Su responsabilidad como consecuencia de daños ocasionados por actos jurisdiccionales representa una de esas causas.

Una apreciación de la realidad nos lleva a afirmar —con Fernando de Trazegnies—[1302] que, en la práctica, la responsabilidad del Estado por los actos jurisdiccionales, unida a una irresponsabilidad o a una responsabilidad verdaderamente excepcional del juez, es la solución a la que tienden la mayoría de legislaciones que establecen la responsabilidad estatal por error judicial, fundadas en que las mismas protegen a los propios usuarios del servicio, cuyo interés radica en que los jueces resuelvan sin presiones y sin miedos.

Estimamos necesario detenernos en las palabras de Maurice Hauriou,[1303] ya que en ellas encontramos el fundamento de esa responsabilidad: «[...] cuando los diversos magistrados o funcionarios cumplen actos propios de sus funciones, su personalidad formalmente desaparece, integrándose orgánicamente al Estado, que responderá en última instancia por la consecuencia de su actividad».

En efecto, el Poder Judicial es un órgano del Estado cuyos funcionarios, esto es, los magistrados, desempeñan un servicio público: la administración de justicia. El juez, desde esa perspectiva, es el órgano del proceso en quien el Estado ha depositado el poder jurisdiccional para que resuelva los conflictos de intereses que se presenten en los distintos procesos, de modo que asegure el orden jurídico dirigido a conseguir la paz social, base incuestionable del desarrollo del país.[1304]

Ahora bien, en vista de que el Estado, desde el punto de vista social y jurídico es una unidad abstracta —al igual que la persona jurídica—, puede describirse como una construcción técnica del hombre.

[1302] De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Op. cit.*, tomo II, p. 280.

[1303] Hauriou, Maurice. *Tratado de Derecho Político y Constitucional.* Barcelona: Ariel, 1980, p. 161.

[1304] Ortiz Rivero, Jaime Antonio. *Op. cit.*, p. 27.

La voluntad del Estado, en ese sentido, se expresa a través de sus órganos.

Como expresa Ortiz Rivero:[1305]

> Si aplicamos la teoría del órgano a la administración de justicia, «observaremos que el órgano jurisdiccional que integra el Estado, no puede considerarse como sujeto de derecho con personalidad distinta a la persona jurídica a la cual pertenece. La personalidad jurídica, en todo caso, corresponde al Estado. Sin embargo, recalcamos, ésta en última instancia es el reflejo de un conjunto de voluntades individuales actuando en una esfera determinada, en nuestro caso, la administración de justicia.
>
> En consecuencia, cualquier daño que resulte con ocasión de la administración de justicia, deberá ser atribuido a esta cualidad yuxtapuesta en el órgano, a su deficiencia estructural o funcional. Sin embargo, en última instancia, la obligación de reparar el eventual daño ocasionado recaerá sobre el Estado, quien tiene la personalidad jurídica de este órgano encargado de la actividad jurisdiccional [...].
>
> De esta manera, de conformidad con la mencionada teoría, el sujeto pasivo de la responsabilidad será el Estado, que había actuado mediante sus miembros u órganos, quedando obligado frente al que sufrió la lesión, con el único requisito que el daño sea causado en la ejecución del servicio de administrar justicia dentro de la potestad jurisdiccional del Estado. Sólo en el caso que los órganos del Estado hayan actuado con dolo o culpa, podrá el Estado accionar contra sus miembros (funcionarios infractores)».

A decir de la doctrina, esto nos lleva a sostener que entre la responsabilidad personal del juez y la del Estado se desarrolla una suerte de juego armónico, que se construye sobre la base de tres supuestos,[1306] cada uno de los cuales conlleva una consecuencia jurídica particular:

[1305] *Ibidem*, pp. 67 y ss.

[1306] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 444.

- En primer lugar, en aquellos casos en los que el funcionario causa daños injustos cumpliendo regularmente sus obligaciones legales, la responsabilidad recae únicamente en el Estado.
- En cambio, cuando el juez o magistrado actúa con dolo o culpa, fuera del ejercicio objetivo de su función, no existiendo, por ende, un vínculo razonable entre esta y el daño, se entiende que la función ha sido una mera circunstancia. De allí que, de materializarse esta hipótesis, solo responde el funcionario, pues actuó, en realidad, como particular y —como tal— se le aplican las normas del Derecho privado.
- Si el magistrado actúa irregularmente con dolo o con culpa, dentro del ejercicio de su función o con ocasión de la misma, la víctima tendría frente a sí una pluralidad de sujetos obligados a indemnizarle, en tanto el Estado y el magistrado serían ambos responsables.

De lo expuesto se desprende que la responsabilidad estatal no requiere, en realidad, de la existencia de un texto expreso. La aplicación de las normas generales contenidas en el Código Civil de 1984 respecto de la responsabilidad extracontractual pueden cumplir, ellas mismas, ese propósito legislativo.[1307]

27.20.4. Un último comentario

Antes de finalizar esta breve reseña de algunos de los aspectos que consideramos más relevantes respecto de la responsabilidad civil estatal derivada de su función jurisdiccional, tenemos, necesariamente, que referirnos al factor de atribución que posibilita la imputación de tal responsabilidad.

[1307] A pesar de ello no negamos que su consagración explícita y específica serviría para reforzar la procedencia de una acción de responsabilidad civil contra el Estado.

Debemos tener en cuenta que no hay un criterio único, en la medida que los casos que pueden dar lugar al nacimiento de la obligación de reparar por parte del Estado son diversos. No solo se trata de supuestos en los cuales los daños derivan de un error judicial, sino que se pueden producir otras situaciones en las que la responsabilidad sea exclusiva del Estado, por un mal funcionamiento del sistema judicial.

Las palabras de Mosset Iturraspe[1308] sintetizan adecuadamente este complejo tema:

> La función judicial responde a una necesidad básica de la sociedad y su ejercicio requiere, por parte del funcionario que la ejerce, de un título habilitante. Por eso se ha dicho que el Poder Judicial es el único poder profesionalizado del Estado. Este fue el último campo en el que se reconoció la responsabilidad estatal; los factores de atribución son diversos: a veces, el servicio está mal organizado (por ej., el Estado no cubre, dentro de plazos razonables, una vacante producida en un juzgado unipersonal y el sistema de subrogancias es tan defectuoso que la causa queda sin resolver durante largo tiempo); en otras es la culpa grave o el dolo del juez que resuelve una cuestión con notoria impericia o con el propósito de beneficiar a la parte a la que el derecho no le asiste (por ej., funda todo su razonamiento en una ley que fue derogada mucho tiempo antes de su sentencia); en otras, se trata simplemente de la consagración del principio de la igualdad de las cargas públicas (por ej., si una persona fue condenada, sufrió pena de prisión y luego se reabre el proceso y se prueba la inocencia).

27.21. Responsabilidad civil derivada de la conciliación extrajudicial

Es una realidad palpable el aumento del número de procesos judiciales en casi todos los países. Esto obedece a diversas causas; empíricamente podemos señalar el crecimiento de la población, las crisis económicas, la complejidad cada vez mayor de la vida social, etc.; sin embargo, para efectos de este trabajo, solo nos limitaremos a señalar la existencia de una realidad que debe ser atendida.

Los problemas que existen en el sistema de administración de justicia son muy grandes. Para poder estructurar mejor el sistema de consulta a la sociedad, se ha preestablecido el siguiente índice referencial de los problemas que anteriormente han identificado distintos estudios de diagnósticos:[1309]

- Problemas vinculados a la falta de coordinación entre las instituciones que conforman el Sistema de Administración de Justicia.
- Problemas de acceso a la justicia por razones económicas, geográficas, culturales y de género.
- Problemas derivados de la manera en que se organiza la carrera de la magistratura —temas referidos al nombramiento, selección, ascenso, ratificación y control de los magistrados, política de remuneraciones, problemas referidos a la provisionalidad y suplencia de jueces y fiscales, a la falta de garantías para la inamovilidad en el cargo y del principio del juez natural, etc.—.
- Problemas derivados de la falta de capacitación de magistrados, tanto en temas jurisdiccionales como de gestión.

[1308] Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 437.

[1309] Consulta técnica a la «Sociedad Civil». En: http://www.sistemadejusticia.gob.pe. Debemos señalar que disentimos del empleo de la expresión «Sociedad Civil», por considerar que es tendenciosa, lleva una fuerte carga ideológica y no significa nada en especial.

- Problemas referidos a los sistemas de gobierno y gestión institucional de las entidades que conforman el Sistema de Administración de Justicia —incorporación de una visión de gestión y soporte administrativo, sistemas de información para la toma de decisiones, desconcentración/descentralización de las decisiones, manejo de la carga procesal—.
- Problemas que se derivan de la falta de conocimiento por los usuarios de sus derechos y de los procedimientos.
- Problemas generados por los abogados que interactúan con el sistema de administración de justicia.
- Problemas específicos referidos a los medios alternativos de resolución de conflictos.

La doctrina consultada coincide en señalar que frente a ese panorama se viene sosteniendo que cada vez «hay más pruebas de que las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas son más propensas a cumplirlo», que cuando es un juez, un supervisor o un terapeuta el que les dice qué es lo que tienen que hacer. Esto quiere decir que las formas autocompositivas de resolución de conflictos resultan siendo más eficientes en la consecución del objetivo deseado.

Esta carga procesal excesiva en el Poder Judicial genera presiones diversas, tanto desde el punto de vista presupuestal como desde el punto de vista de la calidad misma de la justicia que se imparte. Observamos que cada vez se requiere un mayor presupuesto, toda vez que, al no poder aumentarse el número de funcionarios judiciales al mismo ritmo que el incremento de los litigios, los jueces y el personal existente tienen cada vez menos tiempo para dedicar a cada petición de las partes.

Los autores que han escrito sobre esta materia concuerdan en señalar que por regla general, en Occidente se ha optado por enfrentar

estos males mediante la creación de nuevos juzgados y a través del aumento de personal. No obstante, esta política —a la que podríamos denominar como tradicional— ha resultado ineficiente como estrategia única. En efecto, las medidas esbozadas adolecen de serias deficiencias, ya que nunca serán suficientes los órganos jurisdiccionales que se creen y no se enfrentará la causa del aumento de trabajo. Es necesario complementarla con otros mecanismos.[1310]

La situación descrita obliga, por lo tanto, a una reformulación de la política judicial, buscando el establecimiento de nuevos mecanismos para el tratamiento de los litigios.

Ello nos conduce a reconocer la importancia de plantear dos problemas que se ponen en evidencia en la forma en que actualmente se maneja la administración de justicia: por un lado, la necesidad de redefinir el rol del Poder Judicial y, por otro lado, la necesidad de precisar los alcances de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en adelante (MARCS), entre los cuales se encuentra la Conciliación Extrajudicial.

Para resolver el primer tema se plantea que la vía judicial se reserve únicamente para los conflictos que no admitan una solución consensual. Este razonamiento busca, por consiguiente, revalorizar y jerarquizar al Poder Judicial, quitándole el tremendo peso que lo aturde.[1311]

[1310] Vado Grajales, Luis Octavio. «Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad». En: http://comunidad.vlex.com/aulavirtual/vado.html.

[1311] No son pocos quienes levantan sus voces en ese sentido, afirmando que se requiere un cambio de mentalidad pues la carga del Poder judicial proviene —justamente— de la manera en que la sociedad concibe la resolución de conflictos siempre bajo el modelo adversarial. Se trata, por ende, de modificar aquella mentalidad social que se empecina en arrojar al Poder Judicial problemas que superan su capacidad de respues-

El segundo tema se encuentra vinculado intrínsecamente al punto anterior, en tanto se constituye en consecuencia lógica de ese cambio de mentalidad al que hacíamos referencia. Así, se propone promover la utilización de mecanismos no jurisdiccionales de solución de conflictos, entre los que se ubica la Conciliación Extrajudicial.

Si bien esta nueva perspectiva de resolución de conflictos tiene como uno de sus objetivos el de contribuir a descongestionar el Poder Judicial, aliviando la sobrecarga que hoy padece, no se restringe a ello, sino que abarca una visión más amplia que permite apreciar que en determinadas circunstancias estos mecanismos alternativos o complementarios,[1312] según se prefiera, otorgan enormes ventajas y beneficios, tales como un mejor aprovechamiento de los recursos personales, materiales y económicos, y la resolución pronta de los procesos.

ta, y que podrían haber sido resueltos de manera más racional, económica y eficiente, a través de algunos mecanismos alternativos. Por tanto, debe quebrarse la errónea creencia de que la vía judicial es la única manera de resolver las disputas, pues solamente variando esa manera de pensar el Poder Judicial dejará de ser el lugar por donde comienza el proceso de solución, para pasar a ser el reducto final al que pueda recurrirse cuando las alternativas (no judiciales) no sean viables. La idea es que la vía judicial se reserve para los conflictos que no admitan soluciones total o parcialmente consensuales.

Así, por ejemplo, la mediación y la conciliación son muestra clave de esto. Su naturaleza propia les permite funcionar como un medio idóneo para llevar la justicia a los sectores marginados, pues les evita el costo y el tiempo de un proceso judicial, y les permite resolver sus conflictos acorde con sus posibilidades y necesidades. La justicia no es un producto de lujo, sino un servicio que debe tener toda persona. De igual manera cabe destacar que la voluntariedad de la mediación y la conciliación las hace idóneas para que las partes mantengan el control de su controversia, y la resuelvan sin necesidad de acudir a un proceso judicial.

[1312] Usamos el término «complementarios», ya que estos medios se combinan perfectamente con la apertura de nuevos juzgados, salas y tribunales, pues no son medidas contradictorias, sino elementos de una política judicial que busque evitar que la litigiosidad de la sociedad rebase a la judicatura.

Los MARCS consisten en diversos mecanismos a través de los cuales las personas pueden resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional y llegar a un resultado justo. De allí que muchos sostengan que uno de los principales objetivos que inspiran estos métodos es el de combatir las barreras que atentan contra el libre acceso a la justicia.[1313]

Básicamente, los MARCS se pueden reducir a cuatro: negociación, mediación, conciliación y arbitraje. Estos presentan como común denominador la no intervención de un juez público, o al menos su intervención no con facultades decisorias en el caso de la mediación y la conciliación intraprocesales, pues las partes son las protagonistas en este proceso destinado a que sean ellas las que satisfagan sus intereses a través de un acuerdo.

Conscientes de la importancia cada vez mayor que adquieren estos temas, hemos considerado conveniente dedicar estas páginas al estudio de la responsabilidad civil que emana de la Conciliación Extrajudicial, cuya regulación polémica ha dado lugar a incontables discusiones que se centran en la inconveniencia de su obligatoriedad. Nosotros preferimos no ahondar en ello; simplemente pretendemos alcanzar al lector una visión —al menos general— de los aspectos principales que se debe tener en cuenta al evaluar supuestos en los que la conciliación haya derivado en un daño resarcible.

[1313] El libre acceso a la justicia encuentra barreras de muy diversa índole. En primer lugar, el costo de la asistencia letrada; en segundo, los costos mismos del proceso (copias, peritos, etc.), y algunas situaciones diversas que hacen más complicado el acceso a los tribunales, como la lejanía geográfica y la falta de recursos para transportarse constantemente del domicilio al juzgado. La visión tradicional del Poder Judicial ha variado a nivel mundial y nacional en los últimos años, pues se le asignan atribuciones nuevas que permiten una más eficaz impartición de justicia.

En ese sentido, hemos optado por restringir nuestro análisis a la responsabilidad civil que surge como consecuencia de la conducta del conciliador y que, como tendremos ocasión de observar, involucra al Centro de Conciliación.

27.21.1. La conciliación: Nociones básicas

La Conciliación Extrajudicial es un mecanismo alternativo (o adecuado) de resolución de conflictos cuya naturaleza es eminentemente extrajudicial. Esto quiere decir que se trata de un mecanismo diferente y externo al proceso propiamente judicial y sujeto a reglas totalmente distintos a las estrictamente jurídicas.[1314]

El artículo 1 de la Ley de Conciliación declara de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

[1314] Siguiendo a Derik Latorre Boza se puede afirmar que es factible decir que aquí puede apreciarse la evidencia de un contrasentido, pues este mecanismo extrajudicial será impartido en la vía judicial. Esto genera diversos problemas, ya que no se entiende, por ejemplo, cómo hará el Juez para actuar como Conciliador Extrajudicial en un momento determinado, despojándose de su investidura de magistrado, cuando inclusive como conciliador tendrá que sujetarse a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo que se refiere a responsabilidad disciplinaria. Como afirma el citado profesor, uno de los objetivos de recurrir a este mecanismo, es aliviar al Poder Judicial de la pesada carga procesal que soporta. Por ello, se buscan filtros que eviten que todos los conflictos lleguen al órgano jurisdiccional, procurando que exclusivamente aquellas controversias que así lo requieran, por su complejidad o por los bienes jurídicos que estén de por medio, sean conocidas por el Poder Judicial. Al prever esta segunda vía, en lugar de abrir la posibilidad a una descongestión de este Poder del Estado, es muy probable que se recarguen sus labores, ya que el grueso de la población recurrirá a los Juzgados de Paz, entre otras razones por los costos, pues estos órganos jurisdiccionales no podrán cobrar tasa alguna. Resulta inaudito e incomprensible por qué los legisladores optaron por delegar al Poder Judicial la tarea de «subsidiar», en la práctica, la Conciliación Extrajudicial, sin tener en cuenta lo estrecho del presupuesto que maneja este Poder del Estado.

La citada norma da fe, por consiguiente, de que la eficiencia social de las leyes es una de las aspiraciones de todo sistema jurídico. Ella consiste en que las leyes no solo estén formalmente en vigencia, sino que, además, sean masiva y efectivamente cumplidas. En efecto, la observancia generalizada de las normas por los ciudadanos es uno de los aspectos fundamentales para el desarrollo de todas las actividades humanas.

La declaración que ha realizado el Estado en el artículo 1 de la Ley merece, en ese sentido, ser resaltada. De igual modo, debe subrayarse que en la mencionada declaración se invita a reflexionar sobre las ilimitadas posibilidades que promete este medio alternativo de resolución de conflictos, presentándose al mismo tiempo como todo un reto.

Iván Ormachea[1315] ha definido a la conciliación como «un proceso consensual y confidencial de toma de decisiones en el cual una o más personas imparciales —conciliador o conciliadores— asisten a personas, organizaciones y comunidades en conflicto a trabajar hacia el logro de una variedad de objetivos».

Indica la doctrina que en realidad la conciliación, como medio de resolución de conflictos, no es un tema novedoso. Por el contrario, este mecanismo ha sido invocado desde hace siglos, adquiriendo una rica tradición en las costumbres de la civilización humana en general.

Si bien la conciliación no es extraña a nuestra historia legislativa, al punto de haber sido practicada desde mucho tiempo atrás por nuestros jueces de paz, es la primera vez que dicha institución se regula de manera integral, otorgándose la calidad de título de ejecución

[1315] ORMACHEA CHOQUE, Iván. *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial*. Lima: Cultural Cuzco, 1998, p. 44.

al acta en la que consta el acuerdo conciliatorio, lo que le da la misma fuerza que una sentencia firme o un laudo arbitral. La Ley de Conciliación, Ley N.º 26872 —en adelante simplemente la Ley—, y su respectivo Reglamento, le han dado contenido regulando sus principales aspectos.

A diferencia de lo que sucede en el proceso judicial, en el procedimiento de conciliación las partes en conflicto pueden ser calificadas como verdaderas protagonistas, pues son ellas, con la asistencia de un tercero llamado Conciliador, las que en definitiva decidirán de manera consensual la solución a sus problemas, estableciendo acuerdos que obedecerán única y exclusivamente a la voluntad de las mismas. La conciliación no es, por ende, un acto jurisdiccional, sino un medio de resolución de conflictos que posee una dinámica propia que no responde a una lógica adversarial, sino a una búsqueda de verdadera justicia y paz.

En el fondo, se dice, la conciliación es una negociación asistida, donde las partes buscan dar una solución satisfactoria permitiendo en forma concertada la intervención de un tercero que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias, fomentado en todo momento del proceso la comunicación entre ellas, valiéndose del lenguaje, tanto verbal como no verbal, y del manejo racional de la información. El conciliador intenta descubrir los verdaderos intereses de las partes a fin de ayudar a que estas mismas logren encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas, sin que exista un vencedor y un vencido.

La conciliación extrajudicial se construye, desde esta perspectiva, sobre el principio fundamental de la autonomía de la voluntad.[1316]

[1316] Como señalábamos, el modelo conciliatorio representa un método autocompositivo de resolución de conflictos, que permite que sean los propios implicados quienes satisfagan sus intereses de la manera que consideren apropiada. Una de las razones que refuerzan esta idea o noción central es la consideración, aceptada por la doctrina y por la propia experiencia, de que no todos los problemas que se presentan entre los particulares son de tal complejidad y/o magnitud que se haga indispensable la intervención del Poder Judicial. La intervención del órgano jurisdiccional debiera estar destinada a aquellos conflictos en que se vulnera el orden público o cuando las partes, a pesar de todos los intentos, no logran ponerse de acuerdo entre ellas.

En este contexto, el conciliador juega un rol de gran relevancia que lo obliga a actuar siempre con prudencia y ética. El conciliador debe cuidar que su posición especial —status, autoridad, capacidad, o experiencia— no influya negativamente en las partes a la hora de brindar alternativas de solución al conflicto. Debe ser muy cuidadoso con este aspecto y velar porque los acuerdos sean producto del consenso y del verdadero compromiso de las partes.[1317]

Siguiendo lo señalado por Taramona Hernández,[1318] debemos tener presente que la voluntariedad implica que los conciliadores reconozcan, en todo momento, que las partes son las únicas que tienen la potestad de tomar una decisión final a favor de alguna alternativa de solución. En consecuencia, el tercero conciliador se encuentra obligado a responsabilizarse por asistir a las partes a llegar a un acuerdo satisfactorio, no a forzarlo. En ningún caso, el acuerdo conciliatorio debe ser resultado de la coerción. No obstante, ello no impide que las partes acepten libremente una propuesta hecha por el conciliador, por cuanto la intervención activa de un tercero es parte del contenido del instituto conciliatorio.

A decir de la doctrina consultada, la conciliación extrajudicial se convierte —por así decirlo— en la búsqueda de la justicia que se alcanza en virtud a la primacía de la autonomía de la voluntad de las

[1317] Taramona Hernández, *José Rubén. Manual de Conciliación Judicial y Extrajudicial.* Lima: Editorial Huallaga, 2001, p. 554.

[1318] Taramona Hernández, José Rubén. *Op. cit.*, p. 553.

partes. Las partes —de este modo— ven satisfechos sus intereses, y pueden ejecutar sus propios acuerdos, sin restricción alguna.[1319]

[1319] Debemos resaltar que la conciliación extrajudicial puede clasificarse de acuerdo a diferentes criterios. Asimismo, es menester subrayar que no todos los temas o asuntos son conciliables. Los artículos 7, 9 y 10 del Reglamento desarrollan ambos puntos:
Artículo 7.- De acuerdo con la Ley, la Conciliación puede ser:
1. Por la iniciativa de las partes:
   a) Obligatoria:
      Para los casos de derechos disponibles. Entiéndase por derechos disponibles aquellos que tienen un contenido patrimonial, es decir, los que son susceptibles de ser valorados económicamente. Son también derechos disponibles aquellos que, no siendo necesariamente patrimoniales, pueden ser objeto de libre disposición.
      De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley, y para efectos de la Conciliación, en los asuntos relativos a alimentos, régimen de visitas, violencia familiar y la responsabilidad civil proveniente de delito, sólo son conciliables los derechos de libre disposición.
      La Conciliación en asuntos laborales supone el respeto de los derechos intangibles del trabajador, por lo que sólo opera en el ámbito de disponibilidad que éste disfruta.
   b) Facultativa:
   - De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 6 de la Ley, cuando la parte emplazada domicilia en el extranjero y en los procesos cautelares, de ejecución y de garantías constitucionales.
   - Cuando las partes han convenido que cualquier discrepancia entre ellas se solucionará en la vía arbitral. En este caso, las partes quedan habilitadas para iniciar inmediatamente el arbitraje.
2. Por el resultado del trámite:
   a) Total: Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de todos los puntos relativos a su conflicto de intereses y señalados como tales en la solicitud de conciliación y a lo largo del procedimiento conciliatorio.
   b) Parcial: Cuando las partes se han puesto de acuerdo respecto de alguno o algunos de los puntos controvertidos dejando otros sin resolver; o cuando, existiendo una pluralidad de sujetos, existe acuerdo conciliatorio sólo entre algunos de ellos.
   c) Falta de acuerdo entre las partes.
   d) Inasistencia de una parte a dos (2) sesiones.
   e) Inasistencia de las partes a una (1) sesión.

La finalidad de la conciliación es propiciar una cultura de paz,[1320] para promover una sociedad más justa, democrática y tolerante basada en el consenso, fomentar acuerdos justos y equitativos para las partes y la sociedad en general, defender el interés público y de terceros y de aquellas personas no representadas en la conciliación con el fin de resolver un conflicto, mejorar el nivel de justicia y brindar a los ciudadanos la posibilidad de ser protagonistas en la resolución de sus propios conflictos.

Artículo 9.- Para efectos de lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley, se entiende como pretensión determinada aquella por la cual se desea satisfacer un interés que ha sido perfectamente fijado en la solicitud de conciliación.
La pretensión es determinable cuando ésta es susceptible de fijarse con posterioridad a la presentación de la solicitud de conciliación.
No existe inconveniente para que, en el desarrollo de la conciliación, el conciliador y las partes den un contenido diferente a las pretensiones determinadas o determinables inicialmente previstas. En este caso, el acuerdo conciliatorio deberá referirse a estas últimas.
Artículo 10.- Cuando la Ley señala en su Artículo 9 que son conciliables las pretensiones que versen sobre violencia familiar, debe entenderse que es posible sólo conciliar sobre los motivos o factores que generen la violencia, no siendo posible conciliar respecto de la intensidad de la misma.
Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, el fin de la conciliación es el cese definitivo de los actos de violencia, por lo que es nulo cualquier acuerdo que implique la renuncia de derechos o legitimen los actos de violencia.

[1320] Tal y como es subrayado por Iván Ormachea Choque en su libro *Análisis de la ley de Conciliación Extrajudicial* (Lima: Cultural Cuzco, 1998), una cultura de paz es aquella forma de vida de un grupo humano organizado que tiene por fin la creación de condiciones plenas de desarrollo psicológico y somático de sus integrantes. La conciliación ayuda a crear tales condiciones, ya que tiene la potencialidad para:
- Promover una sociedad más justa, democrática y tolerante basada en el consenso.
- Fomentar acuerdos justos y equitativos para las partes y la sociedad en general.
- Defender el interés público, de terceros y de aquellas personas no representadas en la conciliación con el fin de resolver el conflicto.
- Mejorar el nivel de justicia y brindar a los ciudadanos la posibilidad de ser protagonistas en la resolución de sus propios conflictos.
- Promover un proceso de resolución de conflictos participativo y pedagógico, a través del cual el conciliador eduque e involucre a las partes del proceso conciliatorio.
- Ofrecer un medio adicional para mejorar el acceso a la justicia de un mayor número de ciudadanos.

Promover un proceso de resolución de conflicto participativo y pedagógico a través del cual el conciliador eduque e involucre a las partes en el proceso conciliatorio. La conciliación considera que tal educación y participación son importantes no sólo para resolver el conflicto específico, sino para preparar a las partes a manejar futuros conflictos en una forma más productora y creativa».[1321]

Dentro de este orden de ideas, la Ley enumera nueve principios éticos destinados a estructurar y orientar la institución jurídica de la conciliación: equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía. Estos principios han sido desarrollados en el Reglamento de la Ley, en su artículo segundo:

> Artículo 2.- «Para los efectos de la aplicación del Artículo 2 de la Ley, deberá tenerse en cuenta de manera referencial, el siguiente contenido de los principios ahí enunciados:
>
> 1. La equidad, debe ser concebida como el sentido de la justicia aplicada al caso particular, materia de conciliación.
>
> 2. La veracidad, está dirigida a la búsqueda de lo querido realmente por las partes y se refleja en el acuerdo conciliatorio al que llegarán de manera libre, como la mejor solución para ambas.
>
> 3. La buena fe se entiende como la necesidad de que las partes procedan de manera honesta y leal, confiando en que esa será la conducta en el procedimiento de conciliación.
>
> 4. La confidencialidad supone que, tanto el conciliador como las partes, deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto.

[1321] Taramona Hernández, José Rubén. *Op. cit.*, p. 552.

> 5. La imparcialidad y la neutralidad son garantías de seguridad y justicia. La intervención del conciliador durante el procedimiento de conciliación será sin identificación alguna con los intereses de las partes.
>
> 6. La legalidad expresa la conformidad del acuerdo conciliatorio al que arriben las partes, con el ordenamiento jurídico.
>
> 7. La celeridad es consustancial al procedimiento de Conciliación, permitiendo la solución pronta y rápida del conflicto.
>
> 8. La economía está dirigida a que las partes eliminen el tiempo que les demandaría estar involucradas en un proceso judicial, ahorrando los costos de dicho proceso».

Como veremos más adelante, estos principios orientadores cobran una enorme importancia al evaluar la conducta del conciliador y determinar si la misma puede ser catalogada de antijurídica y conllevar, ante la conjunción de los otros elementos configurativos, su responsabilidad civil y la del Centro de Conciliación.

27.21.2. La responsabilidad civil derivada de la conciliación

Al hablar de responsabilidad civil en los supuestos en los que esta es atribuible al conciliador, se hace imprescindible dedicar unos cuantos párrafos para observar el papel que representan los Centros de Conciliación dentro de ese esquema. Para ello, debemos recordar que los Centros de Conciliación son aquellas personas jurídicas de derecho público o privado, sin fines de lucro, que tienen entre sus finalidades el ejercicio de la función conciliatoria.

Siguiendo esta idea, debemos resaltar que si bien el fin principal de los Centros de Conciliación es el de colaborar con la resolución de los conflictos de los particulares a través de acuerdos consensuales, también cuentan con otros objetivos que brindan un giro muy propio a la conciliación y al Centro en sí. Aquellos objetivos, que pode-

mos calificar como complementarios, se encuentran vinculados a la esencia misma de la conciliación. Dentro de ellos, podemos mencionar los siguientes:[1322]

- Descongestionar el aparato jurisdiccional del Estado.
- Acelerar la solución de conflictos.
- Promover la fluidez de las transacciones, que se encuentra entre las partes en conflicto.
- Reducir la onerosidad de los litigios.
- Fomentar un mayor acceso de la población a la justicia.
- Educar a los conciliables.
- Ofrecer servicios de capacitación y entrenamiento en conciliación.
- Realizar acciones de difusión sobre la conciliación como alternativa de solución de conflictos.

Dentro de tal orden de ideas, señala la doctrina que identificar la naturaleza de la responsabilidad que es posible imputar al Centro de Conciliación resulta indispensable. De este modo, cabe preguntarnos si tal responsabilidad es contractual o extracontractual. Esta interrogante no es para nada inocua, en la medida que dependiendo de cuál sea la respuesta, serán de aplicación normas jurídicas distintas cuyas consecuencias jurídicas tampoco son homogéneas, en tanto se trata de dos regímenes que cuentan con rasgos y caracteres propios.

[1322] *Ibidem*, p. 579.

En realidad, el legislador ha dado la solución en el artículo 8 del Reglamento, al señalar que la responsabilidad del Centro de Conciliación ante la violación del conciliador del principio de confidencialidad, se rige por el artículo 1325 del Código Civil de 1984:

> Artículo 1325.- «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

No obstante que el artículo 8 solo hace referencia al principio de confidencialidad, no existe inconveniente para que la aplicación de ese numeral se extienda a los demás supuestos en los que el conciliador, al incumplir con sus obligaciones, genere el nacimiento de la responsabilidad civil contractual.

A lo mencionado debemos añadir que —en sentido estricto— la conciliación extrajudicial es contractual en la medida que surge luego de que las partes, o al menos alguna de ellas, se acerca al Centro de Conciliación y solicita sus servicios, de donde se sigue que implica la preexistencia de un contrato de prestación de servicios cuyo contenido se encuentra determinado por lo convenido por las partes y por lo dispuesto en la Ley y el Reglamento que venimos revisando.

El contrato se celebra entre las partes en conflicto y el Centro de Conciliación.[1323] En tanto este último debe valerse del conciliador para cumplir con su prestación debida, responde por los hechos dolosos y culposos que este cometa y que suponen, por ende, una violación a las obligaciones que le impone la Ley, salvo pacto en contrario.

[1323] Al ser el Centro de Conciliación un ente moral, le son aplicables las observaciones efectuadas en el Capítulo dedicado a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, al cual nos remitimos.

El «pacto en contrario» solo es válido dentro de los límites del artículo 1328 del Código Civil, precepto en el que se expresa que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quienes este se valga. Toda vez que se califica de nulo, asimismo, cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Es evidente, entonces, que la responsabilidad civil del Centro de Conciliación es contractual y que la misma se origina —en la gran mayoría de casos— por el incumplimiento culposo o doloso de las obligaciones por parte del conciliador, dando lugar, con ello, a la generación de algún daño injusto que recae en alguna de las partes. Con esta premisa debemos, en consecuencia, analizar en las siguientes páginas cuándo nos encontramos frente a un supuesto de incumplimiento por parte del conciliador.

En principio, y con una visión amplia dada por la propia Ley, debemos decir que el conciliador es la persona natural que ejerce función conciliatoria en los Centros correspondientes. Así, el conciliador es la persona que propicia el proceso de comunicación entre las partes y —eventualmente— propone fórmulas de solución que dichas partes, en virtud de la autonomía de su voluntad, pueden aceptar o no.

Pese a que el conciliador no es un juez, y, por tanto, no ejerce función jurisdiccional, su rol en el proceso conciliatorio es fundamental, toda vez que debe contribuir a que las partes lleguen a un acuerdo, constituyéndose en partícipe del proceso de resolución de conflictos. De allí que la Ley y su respectivo Reglamento señalen una serie de requisitos como exigencias para el desempeño del cargo.[1324]

[1324] Carlos Ruska Maguiña comparte estas observaciones en su artículo titulado «El conciliador en el proceso de resolución de conflictos», en el que resalta la función del conciliador, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina especializada.

El artículo 22 de la Ley establece expresamente que para ser conciliador se requiere estar acreditado en un Centro de Conciliación y capacitado en técnicas de negociación y medios alternativos de resolución de conflictos. El artículo 34 del Reglamento desarrolla estos requisitos:

> Artículo 34.- «Para efectos de lo dispuesto en el Artículo 22 de la Ley, se entenderá que el conciliador se encuentra capacitado para conciliar, si aprueba los cursos que impartirá para tal efecto el Ministerio de Justicia, o acredita capacitación y experiencia en técnicas de conciliación, adquiridas en entidades reconocidas en la materia.
>
> El Ministerio de Justicia podrá autorizar mediante Resolución Ministerial a entidades de derecho privado o público, entre ellas, Universidades, Colegios Profesionales en general, Instituciones especializadas y Centros de Conciliación con el objeto que capaciten conciliadores.
>
> Los Centros de Conciliación reconocidos por el Ministerio de Justicia para capacitar conciliadores, deberán ser previamente autorizados por el Ministerio de Educación como Centros de Capacitación».

Como podemos observar, la capacitación se encuentra a cargo del Ministerio de Justicia y de las entidades autorizadas por este. Ninguna otra entidad puede arrogarse esa responsabilidad. Así, no obstante que las entidades autorizadas pueden capacitar, el Ministerio de Justicia es el único ente que puede otorgar la acreditación correspondiente a los conciliadores.

Solo podrán ser acreditados como conciliadores quienes asistan a los cursos de capacitación y que los hayan aprobado satisfactoriamente. Tales cursos[1325] comprenden tanto conceptos teóricos, como una evaluación práctica que permita calificar sus habilidades conciliatorias, en audiencias de conciliación simuladas.[1326]

Ahora bien, como indicamos anteriormente, para determinar en qué supuestos la conducta del conciliador ha dado lugar a un daño susceptible de reparación a través de la vía de la responsabilidad civil, es necesario analizar si han concurrido los elementos configurativos de aquella.

[1325] El plan de estudios para conciliadores se estructuró con una visión interdisciplinaria, la misma que permite al conciliador generar un cambio cultural en la forma de abordar y resolver pacíficamente los conflictos, permitiéndoles adquirir la capacidad de analizar los conflictos más allá de lo estrictamente jurídico. El artículo 35 del Reglamento señala al respecto:
Artículo 35.- «Los cursos de capacitación para conciliadores dictados por el Ministerio de Justicia, o por las entidades autorizadas para capacitar, deberán tener un mínimo de 40 horas lectivas debiendo comprender, entre otros, los siguientes temas:
1. Teoría de los conflictos.
2. Medios alternativos de resolución de conflictos.
3. Cuestiones jurídicas relacionadas con la conciliación.
4. Negociación.
5. Técnicas de conciliación.
6. Ética y conciliación.
7. Visión general sobre conciliación especializada.
La capacitación adquirida con anterioridad a la Ley, en entidades nacionales especializadas en la materia, o en el extranjero, será evaluada por el Ministerio de Justicia con el objeto de otorgar la acreditación correspondiente al conciliador».

[1326] A esto debemos agregar lo dispuesto por el artículo 33 del Reglamento:
Artículo 33.- «Adicionalmente a los requisitos generales que señala la Ley, el conciliador deberá cumplir las siguientes condiciones:
1. Trayectoria ética y moral.
2. Acreditar capacitación y entrenamiento en técnicas de conciliación, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente».

Como se puede inferir de lo que venimos desarrollando, el factor de atribución es subjetivo, es decir, la responsabilidad es imputable por dolo o culpa.

En el caso especifico del Centro de Conciliación, la responsabilidad es contractual. En cambio, en el caso del conciliador frente a las partes y en tanto este es un tercero con relación al contrato celebrado entre el Centro de Conciliación y estas, la responsabilidad es extracontractual. Al fin y al cabo debemos tener presente que el conciliador actúa por cuenta del Centro de Conciliación, al que tendrá que responder de acuerdo al vínculo que los una.

Aunque suene evidente, la función del conciliador es conciliar, de donde se sigue que el conciliador es (o mejor dicho, debe ser) una persona calificada e imparcial que facilita la comunicación entre las partes para que puedan solucionar sus diferencias, sin ser obligadas a ello. Tal y como lo indica el artículo 31 del Reglamento, esto conlleva una serie de deberes que el conciliador se encuentra obligado a cumplir. Así, deberá:

1. Analizar la solicitud de conciliación con la debida anticipación.

2. Cumplir con los plazos establecidos en el artículo 12 de la Ley y en el artículo 14 del Reglamento.

3. Informar a las partes sobre el procedimiento de conciliación, su naturaleza, características, fines y ventajas. A su vez, deberá señalar a las partes las normas de conducta que deben observar.

4. Facilitar el diálogo entre las partes, permitiendo que se expresen con libertad y se escuchen con respeto.

5. Preguntar a las partes en relación con lo que estuvieran manifestando, con la finalidad de aclarar el sentido de alguna afir-

mación o para obtener mayor información que beneficie al procedimiento de conciliación.

6. Identificar el o los problemas centrales y concretos sobre los que versará la Conciliación.
7. Tratar de ubicar el interés de cada una de las partes.
8. Enfatizar los intereses comunes de las partes.
9. Incentivar a las partes a buscar soluciones satisfactorias para ambas. Eventualmente, si así lo estima conveniente, les propondrá fórmulas conciliatorias no obligatorias.
10. Reunirse con cualquiera de las partes por separado cuando las circunstancias puedan afectar la libre expresión de las ideas de alguna de ellas.
11. Informar a las partes sobre el alcance y efectos del acuerdo conciliatorio antes de su redacción final.
12. Consultar con el abogado designado, la legalidad del acuerdo conciliatorio.
13. Redactar el Acta de Conciliación, cuidando que el acuerdo conciliatorio conste en forma clara y precisa.

Todo esto, dentro de los límites propios de su libertad de acción, cuyos parámetros se encuentran establecidos por los principios de la conciliación, por el orden público, las buenas costumbres y la ética que debe acompañar siempre el ejercicio de su profesión.

La doctrina consultada considera que la ética que debe regir el comportamiento del conciliador se encuentra estructurada, básicamente, sobre tres pilares fundamentales:

(a) El respeto por la autodeterminación de las partes de modo que se respete, por consiguiente, la solución del conflicto al que deben arribar voluntaria y libremente dichas partes.

(b) El desarrollo de un procedimiento que sea equitativo e imparcial, en el que la conducta objetiva e íntegra del conciliador esté dirigida a la obtención de un acuerdo satisfactorio para ambas partes.

(c) El respeto al Centro de Conciliación en el que presta sus servicios, absteniéndose de usar su posición para obtener ventajas adicionales a la de su remuneración.

Adicionalmente, y vinculado de forma inherente a los principios de la conciliación, el conciliador debe seguir ciertos patrones de conducta para enfrentar su labor y los diferentes dilemas éticos que pueden verse involucrados.

Estos patrones han sido desarrollados por la *American Arbitration Association (AAA),* la *American Bar Association (ABA)* y la *Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR).*

Es preciso destacar, tal y como lo hace Caivano,[1327] que el desarrollo de estos patrones constituye un paso en la evolución de este campo y una herramienta para aquellos que se desempeñen en él, por lo que es un comienzo y no un fin. En algunos casos su aplicación puede verse afectada por normas legales o contractuales. Sin embargo, en una gran cantidad de situaciones —que será necesario evaluar en el caso concreto— el obviar estas directrices éticas puede implicar para el conciliador el incumplimiento de sus obligaciones y, por ende, el

[1327] Caivano, Roque J. *Negociación, Conciliación y Arbitraje.* Lima: APENAC, 1998, pp. 206 y 207.

incumplimiento del Centro de Conciliación, de acuerdo al artículo 1325 del Código Civil, toda vez que para el conciliador es un comportamiento antijurídico que puede conllevar el nacimiento de la obligación de reparar a las partes del conflicto que se hubieren visto injustamente perjudicadas por su actuar doloso o culposo.

El propio Caivano[1328] ha elaborado una breve reseña de dichos principios, que a manera de síntesis —y debido a su importancia para determinar en el supuesto de hecho el incumplimiento por parte del conciliador de sus deberes y obligaciones—, presentamos a continuación:

(a) Debe respetar como fundamento de la conciliación la autodeterminación de las partes que —como comentamos en su momento— supone entender que son ellas quienes deben alcanzar el acuerdo de manera voluntaria y sin ningún tipo de coerción. El conciliador, en este sentido, debe aportar información sobre el proceso, destacar problemas y ayudar a las partes a explorar opciones, lo que no implica que deba asegurar personalmente que cada parte haya realizado su elección completamente informada.

(b) No debe favorecer a ninguna de las partes, lo que equivale a decir que el conciliador solo debe conciliar en aquellos asuntos en los que pueda permanecer imparcial. Ello significa que debe evitar toda conducta que dé una apariencia de parcialidad a favor de una de las partes, evitando los prejuicios fundados en las características personales de las partes, sus antecedentes o su conducta durante la conciliación.

[1328] *Ibidem*, pp. 207 y ss.

(c) Debe revelar todos los conflictos de intereses reales o potenciales que razonablemente conozca. Luego de revelarlos debe rechazar el nombramiento, salvo que los interesados igual decidan contratarlo.

(d) Debe intervenir solo cuando tenga la competencia profesional necesaria para satisfacer las expectativas razonables de las partes.

(e) Debe cumplir las razonables expectativas de las partes respecto de la confidencialidad, expectativas que dependen de las circunstancias concretas del caso en cuestión y de los acuerdos que sobre el tema se hayan pactado, salvo que todas las partes lo autoricen a hacerlo, o en caso de estar obligado a ello por la ley o el orden público. Retomamos, en este punto, el texto del artículo 8 del Reglamento:[1329]

Artículo 8.- «Con relación a la confidencialidad que dispone el artículo 8 de la Ley, entiéndase que todo lo sostenido o propuesto en el proceso de conciliación carece de valor probatorio en cualquier proceso judicial o arbitraje que se promueva posteriormente, aun en aquellos que se originen en hechos distintos a los que dieron origen a la controversia materia de conciliación.

Constituyen excepciones a la regla de la confidencialidad el conocimiento en el procedimiento de conciliación de la inminente realización de un delito, o ante uno ya consumado. En estos casos, el conciliador debe poner el hecho en conocimiento de las autoridades pertinentes.

[1329] La confidencialidad no debe interpretarse de modo que se limite o prohíba que personas responsables realicen un efectivo seguimiento, o una investigación o evaluación de los programas de conciliación.

El conciliador que viole el principio de confidencialidad será sancionado, según la gravedad de su falta, con multa, suspensión de seis meses a un año o inhabilitación permanente para desempeñarse como conciliador, sin perjuicio de la responsabilidad civil que exista. Las sanciones serán impuestas por el Ministerio de Justicia.

Si el conciliador viola el principio de confidencialidad, la responsabilidad del Centro de Conciliación se rige, analógicamente, por lo dispuesto en el Artículo 1325 del Código Civil. Todo pacto que exima de responsabilidad al Centro de Conciliación en este sentido, es nulo».

(f) Debe conducir la conciliación de forma justa, diligente y de acuerdo con el principio de autodeterminación de las partes. De ello se infiere que debe asegurar la calidad del proceso alentando el respeto mutuo entre las partes y sujetándose a un procedimiento justo.

(g) Debe ser veraz, al igual que el Centro de Conciliación, en su publicidad y en el ofrecimiento de sus servicios.

(h) Debe revelar de manera completa y explicar las bases sobre las cuales se determinarán sus honorarios y los gastos que deberán afrontar las partes.

Con respecto al principio de equidad y el rol que el conciliador asume para que aquel rija efectivamente la conciliación, nos remitimos a las palabras de Iván Ormachea,[1330] cuyo análisis del tema es muy acertado, en tanto parte de la premisa de que es responsabilidad del conciliador ayudar a las partes a llegar a una solución que sea percibida como justa, equitativa y duradera por ellas mismas:

[1330] Ormachea Choque, Iván. *Op. cit.*, p. 29.

Es decir, el conciliador —guiándose por el principio ético de equidad— debe asegurar la obtención de un acuerdo cualitativamente aceptable para las partes, considerando que la satisfacción del conciliador con el acuerdo es secundario al interés de ellas.

Sin embargo, el conciliador no puede permanecer al margen de cualquier tipo de resultado, razón por la cual si un conciliador siente que un acuerdo es ilegal, evidentemente inequitativo a una o más partes, resultado de información falsa, resultado de una negociación de mala fe, de imposible cumplimiento o inviable a mediano/largo plazo, el conciliador puede optar por alguna o todas las opciones siguientes:

1.- Informar a las partes qué es lo que el conciliador piensa del acuerdo.

2.- Informar a las partes sobre las dificultades halladas y sugerir posibles soluciones a estos problemas.

3.- Retirarse como conciliador sin dar explicaciones de sus razones.

4.- Retirarse como conciliador dando explicaciones a ambas partes por escrito.

5.- Retirarse como conciliador y revelar públicamente las razones de su retiro (negociación de mala fe, acuerdo inaceptable, ilegal, etc.).

El principio de equidad permite que el conciliador remita a las partes a otros especialistas —instituciones de asistencia social, psicológica, legal, etc.— con el fin de facilitar el proceso conciliatorio. Esta remisión a terceros, tiene por fin promover negociaciones justas o un acuerdo justo, equitativo y duradero.

27.21.3. A modo de conclusión

Ahora bien, como es evidente, para que se configure la responsabilidad resulta imprescindible que las partes hayan sufrido un daño como consecuencia del actuar doloso o culposo del conciliador. Este actuar podemos identificarlo evaluando el caso concreto, para determinar si —en efecto— el conciliador incumplió alguna de las

obligaciones que su labor conciliatoria le impone. El daño y la relación de causalidad se rigen por las normas generales de la responsabilidad civil.

En todo caso, debemos tener presente que de acuerdo a la materia que sea motivo de conciliación, el daño podría ser básicamente moral, como en algunos supuestos de conciliación familiar. Esta última, como bien sabemos, exige una preparación especial por parte del conciliador, lo mismo que un tratamiento particular acorde con la importancia de los temas familiares.

Lo esencial —reiteramos— es analizar el caso concreto de forma adecuada y precisa, para poder distinguir en qué situaciones el daño que pueda sufrir una de las partes o ambas es producto del actuar doloso o culposo del conciliador y cuándo no lo es. Para ello habrá que considerar las pautas que hemos observado en este Capítulo con respecto a las obligaciones que posee el conciliador como facilitador e impulsor del proceso conciliatorio, así como proponente de soluciones al conflicto, al poder participar activamente en la generación de alternativas de solución que las partes pueden adoptar o no, en atención a la autonomía de la voluntad.

Asimismo, creemos conveniente resaltar un par de ideas importantes:

- El Centro de Conciliación puede repetir contra el conciliador. De esta forma y pese a que en la relación externa el Centro debe asumir la responsabilidad frente a las partes, en la relación interna es el conciliador quien ha ocasionado el daño con su conducta.

- Es posible que el daño injusto que puedan sufrir las partes no sea consecuencia del comportamiento del conciliador sino directamente del incumplimiento del Centro de Conciliación, situación que si bien no hemos analizado, consideramos necesario mencionar.

27.22. Responsabilidad civil derivada de haber causado, por dolo, el vicio de la voluntad de la contraparte

El contrato, especie principal dentro del género de los actos jurídicos, puede definirse como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (argumento del artículo 1351 del Código Civil Peruano de 1984).

De esta forma, el contrato supone la creación de relaciones jurídicas que vinculan privadamente a los sujetos, de modo que puedan satisfacer sus propios intereses.

Este importante instrumento jurídico se fundamenta en la autonomía privada de las partes, la misma que se expresa a través de la libertad de contratar o de conclusión —libertad que tiene cada sujeto de decidir si contrata o no y con quién—, y la libertad contractual, de autorregulación o de configuración interna —posibilidad de determinar las condiciones y términos de un contrato, esto es, su contenido—.

La autonomía privada, así caracterizada, es un poder de autorregulación de intereses y relaciones jurídicas propias desplegado por el mismo titular de ellas. Permite, entonces, constituir relaciones jurídicas y reglamentar el contenido de las mismas.

En la autonomía hay un poder de gobierno sobre la esfera jurídica, por lo que su ejercicio exige la función de la voluntad y la función de las demás potencias del individuo.

Dentro de este orden de ideas, uno de los elementos esenciales del contrato es la declaración de voluntad de los sujetos contratantes. La

noción jurídica de aquella se encuentra vinculada de forma inherente al principio de la autonomía privada que acabamos de esbozar.

La voluntad, en principio, es un fenómeno interno y, por ende, un fenómeno que la ciencia jurídica no puede conocer, toda vez que es, además, el fundamento de los actos de Derecho. En términos generales, puede conceptualizarse con relación a la facultad de querer. No obstante, es preferible tomar como concepto la de la voluntad jurídica, esto es, la voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue derechos.[1331]

Como expresa José Amado:[1332]

> Puede advertirse que la voluntad del ser humano es para el derecho un supuesto de hecho, consecuencia natural de su libertad. La ciencia jurídica se limita a estudiar sus efectos y es a partir de éstos que puede identificar la existencia de una voluntad jurídicamente relevante.

Siguiendo a Aníbal Torres Vásquez, podemos afirmar que existe voluntad jurídica cuando concurren los requisitos internos: discernimiento, intención y libertad, y el requisito externo de la declaración. Puesto que el contrato es el resultado de un acuerdo de voluntades declaradas, estas deben estar sanamente formadas, libres de error o dolo que afecte la intención, o de violencia o intimidación que afecte la libertad.[1333]

El error, el dolo, la violencia y la intimidación, denominados tradicionalmente como vicios de la voluntad, determinan la invalidez

[1331] Amado Vargas, José Daniel. «Las declaraciones de voluntad impropias en la teoría del acto jurídico». *Thémis*, n.º 10, 1988, p. 76.
[1332] Amado Vargas, José Daniel. *Op. cit.*, p. 76.
[1333] Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998, p. 519.

del contrato, caracterizándose, de esta manera, como causales de anulabilidad,[1334] por cuanto afectan su estructura.

Como bien sabemos, el contrato que adolece de alguno de estos vicios es provisionalmente eficaz mientras no se declare judicialmente su nulidad. De igual manera, puede conllevar una serie de daños y perjuicios que, dependiendo del caso, supondrá el consecuente nacimiento de una obligación de indemnizar.

En las siguientes páginas analizaremos la responsabilidad que puede derivarse de haber causado, por dolo, el vicio de la voluntad de la contraparte. Con este objetivo debemos, primero, delimitar los alcances del dolo como vicio de la voluntad.

27.22.1. El dolo: Algunas nociones básicas

27.22.1.1. Delimitación conceptual

En su sentido amplio, el dolo es definido como la preordenación de un comportamiento, como una intención deliberada de un obrar. Sin embargo, delimitado al ámbito de los vicios de la voluntad, el dolo es, esencialmente, toda maniobra o artimaña que tiene como objetivo provocar un engaño y con ello inducir al error.

Así, a decir de Aníbal Torres Vásquez,[1335] el dolo consiste en toda astucia, falsedad o maquinación, destinada a torcer la sana voluntad y

[1334] La ausencia de la declaración de voluntad de alguno de los sujetos contratantes determina la nulidad del contrato; mientras que la declaración de una voluntad viciada determina su anulabilidad.
Conforme expresa Fernando Vidal, un acto anulable es aquel que padece de nulidad relativa, es decir, que reúne los elementos esenciales o requisitos de validez y, en consecuencia, es inicialmente eficaz, pero —por adolecer de un vicio—, a pedido de una de las partes, puede devenir en nulo.
[1335] Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 553.

la recta determinación de una persona, a fin de que esta celebre un contrato.

De manera similar, Vidal Ramírez recuerda las expresiones de Josserand, cuando afirma que el dolo implica un atentado voluntario contra el derecho y los intereses del prójimo. Afirma, también, que en materia de contratos, se trata de una astucia, de un engaño que tiene como resultado sorprender la voluntad de la víctima. El contratante que actúa con dolo se esfuerza para que nazca un móvil, una razón de contratar; y, por hipótesis, esta razón es inexistente, errónea, perniciosa, de suerte que el dolo conduce inevitablemente al error, con la particularidad de que este, en lugar de ser espontáneo, ha sido determinado a sabiendas por una de las partes en detrimento de la otra.[1336]

Lo antes mencionado nos permite sostener que mientras que el dolo, en su acepción amplia, equivale a intención, en su acepción restringida equivale a engaño. Este engaño debemos entenderlo como un exceso de las artimañas que los usos del tráfico mercantil permiten en toda negociación.

Algunos autores, como Borda y Brebbia, afirman que el fundamento de la invalidez de los actos jurídicos por dolo no se halla en un defecto en el proceso de formación de la voluntad, sino en la ilicitud de las maniobras engañosas. De este modo, el primero de los tratadistas citados asegura que la invalidez del acto no se funda en el error provocado sino en el hecho ilícito, porque el orden jurídico no permite convalidar actos que han tenido su origen en la mala fe de los contratantes. Igualmente, Brebbia asevera que el dolo es una forma de ilicitud que se tipifica en el artilugio deshonesto destinado a

[1336] Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 364.

obtener la realización del acto por otro sujeto, a quien le resulta perjudicial.[1337]

Al respecto, si bien no negamos que el dolo presupone acciones u omisiones contrarias a la buena fe,[1338] consideramos incorrecto el razonamiento delineado. Si sostuviéramos que el dolo vicia el contrato por ilicitud, estaríamos frente a una de las causales de nulidad y no de anulabilidad, pues se estaría afectando directamente el orden público.

Lo expuesto nos conduce a afirmar que el dolo es un vicio de la voluntad en tanto origina el error de la víctima,[1339] constituyéndose, así, en un factor perturbador de la intención que subyace en la voluntad de aquella. Por consiguiente, da lugar a un vicio subyacente a la formación del contrato causando defectos en su estructura.

Tal y como acota León Barandiarán,[1340] en el dolo existe un factor reprochable en sí, atentatorio de la buena fe, que impone repren-

[1337] Garibotto, Juan Carlos. *Teoría general del acto jurídico.* Buenos Aires: Depalma, 1991, p. 170.

[1338] Abordaremos este tema al analizar la conducta antijurídica del agente.

[1339] No debemos confundir el error y el dolo. Si bien ambos afectan a la intención, son vicios de la voluntad perfectamente diferenciables el uno del otro. El criterio en el que se basa dicha diferencia es el de la espontaneidad: El dolo es el error provocado, inducido por acción u omisión por la contraparte en el acto bilateral o por un tercero. El error como vicio, en cambio, es sufrido de forma espontánea por el sujeto que lo padece. El que incurre en error se engaña a sí mismo; en cambio, la víctima del dolo es engañada por la otra parte o por un tercero.
Asimismo, se diferencian en un punto clave dentro del análisis al que nos abocamos en estas páginas. Mientras que la parte que obtiene la invalidez del contrato por error no debe resarcir a la otra su interés negativo, es decir, el daño que la contraparte sufre como consecuencia de la anulación, el dolo sí puede dar lugar a responsabilidad civil. Esto, en tanto el error, para dar lugar a la anulabilidad, debe ser, ante todo, esencial y excusable, lo que equivale, prácticamente, a error justificado.

[1340] León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil Peruano, Obligaciones-modalida-*

sión, y de aquí que el dolo, como figura propia en cuanto al punto de voluntad, sea juzgado con mayor severidad que el error, dando lugar no solo a la acción de anulabilidad sino también a la de daños y perjuicios.

No habrá dolo, en consecuencia, en aquellos supuestos en los que la parte conocía el verdadero estado de las cosas.

27.22.1.2. Clases de dolo

La doctrina ha elaborado diversas distinciones que han sido adoptadas por los diferentes sistemas jurídicos.

27.22.1.2.1. El dolo bueno y el dolo malo

Distinción proveniente del antiguo Derecho Romano, hoy carece de importancia al punto que el ilustre León Barandiarán la consideraba como «sofística y perjudicial a la claridad de los conceptos».[1341]

Los romanos definieron como dolo malo el conjunto de artimañas y maquinaciones destinadas a perjudicar a la víctima. Por dolo bueno, en cambio, consideraron a aquel que es empleado en la defensa de un interés legítimo, principalmente contra un enemigo o contra un ladrón. Solo el primero era considerado ilícito y como tal condenable. El segundo, en cambio, era permitido y, en consecuencia, tolerado.

Cabe destacar que si bien el Derecho Romano elaboró esta distinción, el dolo no era una causa de invalidez del acto jurídico. A decir verdad, la invalidez del acto por vicios de la voluntad fue excluida del ámbito del *ius civile,* cuya disciplina, vinculada a la forma, configura-

des y efectos. Buenos Aires: Editorial Ediar S.A. Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1956, vol. II, p. 140.

[1341] *Ibidem,* p. 139.

ba la validez de los negocios, de conformidad con los esquemas típicos. Los particulares debían gestionar y regular sus intereses con diligencia y responsabilidad. El dolo facultaba a la víctima para no ejecutar la obligación derivada del contrato, como castigo al autor del dolo y como reparación del daño causado, mas no porque constituyera un vicio de la voluntad. Fue el Derecho Canónico el que introdujo la sanción de la anulabilidad tras considerar al dolo como un vicio de la voluntad.[1342]

27.22.1.2.2. Dolo positivo y dolo negativo

El dolo puede ser positivo, si la maniobra dolosa consiste en una acción; o negativo, si consiste en una omisión. Las omisiones dolosas —tales como el silencio del autor del engaño sobre circunstancias esenciales que determinan la celebración del contrato o las condiciones en las que se celebró—, se asimilan en sus consecuencias jurídicas a las acciones dolosas.[1343]

Como anota Aníbal Torres Vásquez,[1344] «Los principios de lealtad, responsabilidad y buena fe con que deben actuar los que celebran un acto jurídico exigen un deber de información a cada uno de los otorgantes, que sabe o debe saber qué importancia debe tener para la otra parte el revelarle determinado hecho que la víctima no pueda enterarse de otro modo. La parte que de mala fe no informa sobre esos hechos a la otra con el fin de inducirla a concluir el negocio, incurre en reticencia dolosa que vicia la voluntad».

[1342] Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.,* p. 554.

[1343] Código Civil de 1984:
Artículo 212.- «La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa».

[1344] Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.,* p. 558.

27.22.1.2.3. Dolo causante o determinante y dolo incidental

Esta constituye la clasificación de mayor importancia, puesto que solo el dolo causante determina la invalidez del contrato. El dolo incidental, en cambio, solo puede conllevar a la respectiva acción de indemnización por daños y perjuicios, acción que, asimismo, puede interponerse en los casos de nulidad del acto por dolo determinante.

El Código Civil de 1984 ha regulado esta modalidad en el artículo 210, señalando, en el primer párrafo, que «El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto».

Así, definido el dolo causante, también denominando determinante o principal, se infiere que es aquel que conduce a la víctima a celebrar el acto jurídico, de suerte tal que de no haberse presentado tal engaño, el contrato no se hubiera celebrado.

Por su parte, el dolo incidental se encuentra regulado en el artículo 211 del mismo cuerpo legislativo:

> Artículo 211.- «Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será valido, 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».

Como se desprende de la norma citada, el dolo incidental es aquel que, pese a no determinar la celebración del contrato, tiene injerencia en las condiciones en las que este se ha celebrado. El sujeto que actúa con dolo incidental induce a error a la víctima, creando en ella una falsa representación de la realidad, que la hace contratar en condiciones desventajosas.

El dolo incidental, pese a no constituir un vicio de la voluntad, puede generar, como ya hemos mencionado, el nacimiento de la obligación de reparar por parte del agente.

En la práctica, ambas modalidades, si bien se encuentran delineadas con claridad tanto en la doctrina como en la legislación civil, suelen implicar problemas al momento de ser identificadas. Es preciso, por ello, analizar con cuidado los hechos que se presenten en el caso concreto, debido a que las normas aplicables, al igual que los efectos que desencadena cada tipo de dolo, son distintos.

27.22.1.2.4. Dolo directo y dolo indirecto

Señala la doctrina que el dolo directo es aquel que comete, por acción o por omisión, una de las partes contratantes. El dolo indirecto, por otro lado, es el que, también por acción o por omisión, comete un tercero, sea que actúe en interés propio o en interés de uno de los contratantes.

El dolo directo es siempre causal de anulabilidad; en cambio, el dolo indirecto solo puede anular el contrato en uno de sus supuestos, esto es, cuando el tercero actúa en interés o con conocimiento de la parte contratante que se ve beneficiada.

Como expresaba el maestro León Barandiarán,[1345] «El dolo debe provenir de una de las partes que celebran el acto jurídico (por ejemplo, tratándose del contrato el dolo provendrá de la otra parte contratante). Si el dolo proviene de un tercero, el acto solamente es anulable si el engaño es conocido por la parte que obtuvo el beneficio de él. Si el engaño proveniente de un tercero no es conocido por la parte que ha obtenido ventaja del acto jurídico, la exigencia de tutelar la confianza que este último ha tenido de contar con dicha ventaja en-

[1345] León Barandiarán, José. *Op. cit.*, vol. II, p. 557.

tra en conflicto con la exigencia de tutelar al engañado. La ley hace prevalecer aquí la tutela de la confianza-buena fe del beneficiado al optar porque la parte engañada por el tercero podrá impugnar el acto por dolo solo si la otra parte ha actuado en colusión con el tercero o, cuando menos, ha estado en conocimiento del engaño, solución que corresponde por lo demás a la seguridad del tráfico».

El Código Civil de 1984 ha adoptado este criterio en el segundo párrafo del artículo 210, al señalar claramente que «Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él».

Además del tema de la anulabilidad, este punto resulta de vital importancia con respecto a la responsabilidad civil que puede derivarse del obrar doloso, ya sea por acción o por omisión.

Debemos recordar, en este momento, que el dolo del representante se considera dolo del representado; salvo, como es obvio, cuando haya actuado excediendo los límites de la representación, violando la misma, o cuando se trata de un falso representante. Igualmente, no se considera tercero al mandatario y al dependiente de uno de los otorgantes encargado de cooperar en la celebración del contrato.

27.22.1.2.5. Dolo recíproco

El dolo recíproco, conocido también como dolo mutuo o dolo bilateral, implica que ambos contratantes han obrado dolosamente. La consecuencia de tal situación es la validez del acto celebrado. De ello se sigue que el Código Civil de 1984 disponga en el artículo 213 lo siguiente: «Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes».

Esta disposición se fundamenta en el principio de que nadie puede alegar su propio dolo, toda vez que responde, asimismo, a imperativos de orden moral por los cuales no se admite que quien ha actuado maliciosamente invoque la malicia de su contraparte para impugnar el contrato celebrado.

De este modo, nuestra legislación ha establecido que el dolo recíproco no es causal de anulabilidad y que debe ser compensatorio entre las partes.

Diversos autores afirman que la compensación se extiende no solo al dolo determinante, sino también al dolo incidental. De igual manera, sostienen que las partes que emplearon recíprocamente el dolo no podrán demandarse la nulidad del acto ni tampoco compelerse a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.[1346]

Nos parece que el razonamiento esbozado resulta discutible en cuanto no toma en consideración que el dolo de los sujetos puede ser distinto. ¿Cómo podríamos compensar el dolo determinante y el incidental cuando uno da lugar a la anulabilidad y el otro no? La gravedad de ambas modalidades de dolo no es, a nuestro entender, la misma, por lo que tampoco creemos que se pueda descartar *a priori* una acción de indemnización por daños y perjuicios de quien obró con dolo incidental en contra de quien obró con dolo determinante. Los hechos deberán ser evaluados y valorados para determinar si es o no posible imputar responsabilidad.

Estudiados estos aspectos, iniciaremos nuestro análisis sobre la responsabilidad civil que puede llegar a configurarse como consecuencia de la conducta dolosa de uno de los contratantes, ya sea en su forma de acción o de omisión.

27.22.2. Naturaleza de la responsabilidad

Como es lógico, el primer punto a examinar es la naturaleza de la responsabilidad, aspecto más que relevante, pues determinará las nor-

[1346] Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 374.

mas a aplicar y, por ende, las consecuencias jurídicas que le correspondan a la configuración del supuesto de hecho.

En realidad, luego de haber observado cuales son los rasgos principales del dolo como vicio de la voluntad, no creemos que la naturaleza de la responsabilidad civil que de este se derive pueda ser otra que la extracontractual.

El dolo como vicio de la voluntad supone, en todas sus modalidades, un engaño que induce al error de la víctima, otorgándole una representación distorsionada de la realidad, lo que vicia o afecta su voluntad, alterando de forma originaria el contrato celebrado, el mismo que, en consecuencia, adolece de una causal de anulabilidad.

Esto nos lleva a inferir que el dolo debe preceder al contrato, pues de lo contrario el mismo sería válido.

De esta forma, la propia definición del dolo como vicio de la voluntad nos conduce a afirmar la extracontractualidad de la responsabilidad del agente. El dolo antecede a la celebración del contrato o se da cuando aquel se está formando. Debe anteceder a la declaración de voluntad del sujeto que sufre el perjuicio, pues es a esta a la que afecta. De aquí que es siempre anterior al contrato, pues la declaración de voluntad constituye elemento esencial de esta institución.

Esto, incluso, puede llevar a sostener que se trata de un supuesto de responsabilidad pre-contractual, por presentarse en la etapa de la negociación o tratativas. Sin embargo, pese a que tal planteamiento no es descabellado, tampoco resulta práctico. Si bien en el ámbito teórico o académico esta calificación adquiere relevancia, lo cierto es que nuestra legislación no contempla normas especificas para la responsabilidad pre-contractual.

Como hemos acotado al analizar «ese tipo de responsabilidad», las normas que se aplican a la misma son las de la responsabilidad extra-

contractual, pues, en estricto, la primera se encuentra incluida en esta última. Al fin y al cabo, lo relevante es que la obligación de indemnizar no emana de un daño provocado por el causante como consecuencia de la inejecución dolosa o culposa de sus obligaciones contractuales.

No nos cabe duda, entonces, que la responsabilidad derivada del dolo nos sitúa ante un supuesto de naturaleza extracontractual.

Tomando tal afirmación como base de nuestro análisis, debemos tener presente, al realizar la evaluación de los hechos, que el dolo como vicio de la voluntad no determina, necesariamente, la configuración de la responsabilidad. Para que ello se presente es imprescindible que concurran todos sus elementos esenciales, a saber:

- Factor de atribución de la responsabilidad.
- Conducta antijurídica del agente.
- Daño.
- Relación de causalidad entre la conducta y el daño o perjuicio.

27.22.3. Factor de atribución de la responsabilidad extracontractual

El factor de atribución de la responsabilidad va a depender de la teoría en la cual se fundamente dicha responsabilidad, en el supuesto que venimos estudiando.

Resulta útil recordar que el sistema de responsabilidad civil extracontractual se apoya, básicamente, en tres teorías, cada una de las cuales adopta como factor de imputación un criterio distinto.

Así, la teoría subjetiva se centra en la calificación de la conducta del sujeto, subrayando la intención con que llevó a cabo la misma. De esto se sigue que para el sistema subjetivo es imprescindible que el autor de la conducta antijurídica que ha ocasionado el daño haya

actuado con culpa, es decir, con dolo o con negligencia; de lo contrario, no podría imputársele responsabilidad.

A diferencia de la teoría anterior, la tesis objetiva o moderna, no toma en consideración el factor subjetivo de la culpa. En esta tesis no resulta relevante la intención con que se conduce el causante; solo interesa el daño o perjuicio que su conducta ha generado. No importa, por ende, si el sujeto se comportó o no con imprudencia; aquí, únicamente, cuentan los hechos del caso, el nexo causal.

La teoría del riesgo creado, por otra parte, si bien al igual que la teoría objetiva tiene como eje el daño ocasionado que amerita ser resarcido, agrega un elemento de análisis: el riesgo de la actividad o de la cosa. De esta forma, para que se pueda imputar responsabilidad al agente, además de probar que se han dado las condiciones necesarias para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, será necesario probar que la conducta que ha causado el daño es peligrosa o riesgosa. No existe, por tanto, la necesidad de acreditar la culpabilidad del autor.

Como bien sabemos, el Código Civil de 1984 solo ha adoptado la teoría subjetiva y la teoría del riesgo creado; esto, en sus artículos 1969 y 1970, respectivamente.

Llevadas ambas tesis al supuesto que analizamos, no nos queda duda de que el fundamento de la responsabilidad del agente solo puede encontrarse en el sistema subjetivo. El factor de atribución del contratante que incurrió en la conducta ilícita solo puede ser el dolo, en tanto lo relevante en su actuar resulta ser la intención de engañar al otro contratante.

Tiene que haber preordenación maliciosa del acto por parte de quien se sirve del dolo para lograr sus propósitos, y es esa la razón por la cual el acto resulta impugnable y pasible de originar una acción de indemnización por daños y perjuicios. Como anota Fernando

Vidal,[1347] es la sanción que se aplica a quien contraviene las reglas de la buena fe.

27.22.4. Conducta antijurídica

Así como la intención de engañar determina la imputación de responsabilidad del agente (factor de atribución subjetivo: dolo), la conducta antijurídica se encuentra determinada por el conjunto de artimañas que aquel sujeto emplea para cumplir dicha finalidad.

Junto con la doctrina consultada, esencialmente podemos afirmar que la conducta es ilícita por atentar contra uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico: la buena fe.

Se dice que desde una perspectiva objetiva, la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas concretas. Desde una visión subjetiva, la buena fe es concebida como la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de las mismas. En esta categoría solo un error excusable genera una situación de buena fe.

Ambos aspectos, a decir verdad, son dos caras de una misma moneda; cada uno de ellos tendrá relevancia particular al tiempo de realizar una evaluación de los hechos, dependiendo de las circunstancias.

Este principio, que en materia contractual se encuentra regulado por el artículo 1362 del Código Civil, es un dato de la realidad y no meramente una creación arbitraria del Derecho.

Con respecto a la conducta del agente en el supuesto que analizamos, el concepto de buena fe que debemos resaltar es aquel por el

---

[1347] *Ibidem*, p. 368.

cual ella se define como la rectitud y honradez en el trato, lo que se traduce en un criterio o forma de proceder al que las partes han de ajustarse en el desarrollo de sus relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos.

Indica la doctrina que esta definición permite juzgar de antijurídica la conducta de quien, por acción u omisión, engaña a un sujeto a fin de inducirlo a error. Allí, en ese complejo de malas artes, que es contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, encontramos la ilicitud de la conducta.

27.22.5. Daño y relación de causalidad

Si bien para que proceda la acción de anulabilidad no es necesario que el dolo haya producido algún perjuicio,[1348] ello sí resulta imprescindible con respecto a la responsabilidad civil.

En vista que tanto el daño como la relación de causalidad en el supuesto bajo análisis no poseen características particulares y, por ende, se fundan en los principios generales que informan la responsabilidad extracontractual, remitimos al lector a lo desarrollado sobre estos elementos cuando fueron oportunamente estudiados.

En todo caso, junto a la doctrina consultada, creemos necesario adicionar algunas consideraciones que no pueden dejarse de lado al momento de analizar los hechos.

En primer lugar, debemos tener en claro que para que se configure la responsabilidad no es necesario que el daño sea grave, en el sentido cuantitativo o incluso cualitativo. Con esto no estamos afirmando que deba ser nimio, sino simplemente que es labor del juez valorar los hechos que se presenten en el caso concreto, de modo que pueda determinar si los intereses afectados ameritan o no una indemnización. De aquí que el criterio de la gravedad del daño adquiera mayor relevancia al tiempo de determinar el monto de la indemnización, momento en el que el juzgador no puede omitir en su apreciación de los hechos al daño emergente y al lucro cesante.

[1348] Como señala León Barandiarán, no se necesita para impugnar una declaración por dolo, que exista una causal de daños y perjuicios en el impugnante, ni que haya existido en el autor del dolo la intención de enriquecimiento indebido. La cuestión, sin embargo, es de interés especulativo, pues prácticamente todo dolo genera un eventual daño y quien tiene la acción de nulidad solo la emplea cuando ha sufrido un perjuicio.

Brebbia, sobre el particular, comentaba que la importancia del daño debía ser valorada en relación con la del negocio afectado por el dolo y no teniendo en cuenta su entidad numérica de modo aislado.[1349]

En segundo lugar, debemos tomar en cuenta que es imprescindible que el daño se haya producido como consecuencia de la conducta del agente. Se discute si para apreciar la idoneidad de la maniobra empleada para engañar deben considerarse o no las circunstancias personales de la víctima. Este debate ha dado lugar a dos posturas distintas.

Una primera posición enseña que no deben tomarse en cuenta tales circunstancias, pues la calificación de la gravedad debe realizarse de manera objetiva. Así, esta teoría se fundamenta en un criterio objetivo, consistente en la prudencia que una persona seria y diligente mantiene de ordinario en sus negocios.

La tesis contraria, en cambio, señala que para poder establecer si las maniobras usadas para engañar a la víctima fueron idóneas, será necesario analizar la situación particular de la propia víctima.

[1349] Garibotto, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 175.

A nuestro entender, y compartiendo el punto de vista de Garibotto, la última posición es la acertada; ello, puesto que «la aptitud engañosa de la maniobra no puede ser desvinculada de las condiciones intelectuales y culturales de quien las sufre, siendo que esta ligazón permite llegar a soluciones más equitativas».[1350]

A ello debemos agregar que para decidir la idoneidad de la conducta del agente, es preciso que quien padeció el engaño no haya actuado con negligencia. En este sentido, la idoneidad tiene correspondencia con la excusabilidad del error, de manera que la primera es cuestionable cuando quien padece el engaño ha colaborado con su propia imprudencia.

Al margen de estas consideraciones, no nos cabe duda que cada uno de estos puntos debe evaluarse y resolverse de modo circunstancial, analizando los hechos que se presenten en cada caso concreto.

Asimismo, es menester subrayar que el dolo necesita probarse. Toda declaración de voluntad jurídicamente relevante se encuentra amparada por una presunción de idoneidad, en virtud de la cual está amparada la revelación de una intención seria y libre, exteriorizada a través de un proceso normal y voluntario.[1351] Dicha presunción es *iuris tantum*, por lo que resulta factible probar en contrario, para lo cual es necesario demostrar que la declaración de voluntad de la víctima fue perturbada por el dolo del agente.

En tanto el dolo, además de un vicio de la voluntad, configura un ilícito civil, su acreditación sigue el principio general del Derecho Procesal según el cual la carga de la prueba de un hecho corresponde a quien lo alega.

[1350] *Ibidem*, p. 173.

[1351] Amado Vargas, José Daniel. *Op. cit.*, p. 77.

Además, no podemos olvidar que la acción de anulabilidad y la de indemnización por daños y perjuicios no son incompatibles. Así, en los casos en que el dolo es determinante o principal, ambas acciones pueden acumularse. No obstante, si el dolo es incidental solo será posible accionar por responsabilidad.

En cambio, no procede la anulabilidad cuando el contrato ha sido confirmado[1352] por la víctima.

No obstante, la incompatibilidad de la confirmación y la acción de indemnización es más discutible. Ello por cuanto si bien la confirmación se encarga de redimir los defectos de las causales de anulabilidad de las que adolecía el acto celebrado entre las partes, tal situación no implica, sin embargo, que los daños que generó el actuar doloso del agente, no deban ser resarcidos si la responsabilidad civil se hubiese configurado. Nuevamente es misión del juzgador calificar los hechos que se presenten. Formular una respuesta *a priori* no resultaría lo más conveniente.

27.22.6. Un comentario final

Nuevamente hemos podido corroborar la importancia de realizar una evaluación de los hechos que conforman el supuesto que dará lugar a la responsabilidad. Solo de esta forma podremos llegar a una solución equitativa.

Tal situación cobra mayor relevancia en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, pues, como dice Edgardo Mercado Neu-

---

[1352] Se entiende por confirmación aquel acto jurídico unilateral, recepticio e irrevocable, celebrado por quien podría accionar la anulabilidad. La confirmación posee efectos retroactivos en cuanto a las partes y es incompatible con la acción de anulabilidad, pues una excluye a la otra.

mann,[1353] «Mientras en la responsabilidad penal y en la administrativa rige el principio de legalidad, que impone una tipificación formal de la antijuridicidad y en la responsabilidad contractual tal tipificación es consecuencia del acuerdo mismo de voluntades; en la responsabilidad extracontractual la antijuridicidad es material y se rige por principios generales que determinan un elevadísimo grado de abstracción en el supuesto de hecho».

Esto, a su vez, tiene incidencia en el fundamento sobre el cual se va a construir la responsabilidad. En muchos casos, como en el que estamos analizando, el fundamento es subjetivo. En otros, en cambio, la teoría que prima es la del riesgo creado —como en el caso de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito, cuando no existe vínculo contractual entre los sujetos—. A esto se suma que, en ocasiones, los supuestos de hecho se encuentran regulados en normas especiales a las que es preciso acudir.

Así, siempre resultará necesario, dependiendo de la naturaleza del caso que se analice, matizar los principios generales de la responsabilidad, de modo que no sean incompatibles con los principios que informan la regulación del supuesto de hecho en sí.

27.23. Daños derivados de la violación del derecho de autor

La propiedad, incuestionablemente, es un derecho fundamental. Su importancia y atributos se aprecian desde la antigüedad. Sin propiedad no podemos hablar de mercado, y, sin este, de economía y progreso.

Actualmente el derecho de propiedad —como consecuencia de las transformaciones de la vida moderna— se ha extendido, abarcando,

[1353] Mercado Neumann, Edgardo. «Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual». *Thémis*, n.º 10, 1988, p. 70.

incluso, a los derechos intangibles, lo que se conoce como propiedad intelectual. Este tipo de propiedad es esencial para el desarrollo cultural y socio-económico de los pueblos, pues propicia la creatividad de sus habitantes, lo que a su vez genera riqueza.

Dentro de la propiedad intelectual se encuentran dos grandes materias: el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial.

La primera, esto es el Derecho de Autor, surge como el reconocimiento de una realidad ineludible: el ser humano posee un espíritu creador, un talento superior.

Este derecho ha enfrentado diversos retos, producto de la dinámica evolución que ha sufrido a lo largo del tiempo. Los cambios tecnológicos y los avances científicos han exigido su constante adaptación.

Efectivamente, como podemos apreciar con una simple mirada de las situaciones que se presentan a nuestro alrededor, la explosión tecnológica de los últimos años ha determinado la aparición de nuevas formas de crear una obra y de difundirla, por lo que el sistema jurídico ha tenido que adaptarse para hacer frente a los desafíos modernos, que en esta materia no son pocos.

El principal desafío que hoy enfrentamos respecto al Derecho de Autor, es la internalización de su importancia. Se trata de encontrar soluciones coherentes con los avances tecnológicos y que permitan salvaguardar los derechos morales y patrimoniales de los autores, fomentando, a su vez, conciencia en los usuarios.

De allí la importancia de la legislación y de la educación como pilares o ejes sobre los cuales se debe asentar la consecución de dichos objetivos.

Se trata de brindar una protección y una promoción que sean acordes con las implicancias de este derecho, pues ello permitirá el

fomento cultural y económico que irá de la mano con el aumento del nivel de vida de las personas.

Dentro de este contexto destaca la figura de la responsabilidad civil, en tanto, no obstante tratarse de una violación previa del Derecho de Autor, supone, a su vez, la reparación del daño que este ha sufrido. La función resarcitoria de dicho mecanismo jurídico se complementa con las acciones administrativas y penales que puedan tener lugar.

27.23.1. Aspectos generales del Derecho de Autor

A fin de lograr una reflexión crítica respecto de los daños que se derivan de la violación del Derecho de Autor, debemos, primero, indagar sobre su contenido y alcances. No pretendemos realizar un estudio exhaustivo de cada aspecto de este importante Derecho. Nuestro objetivo es, simplemente, brindar las nociones básicas que consideramos fundamentales para entender los criterios que informan la evaluación de la responsabilidad civil en estos casos.

27.23.1.1. Concepto e importancia

Podemos concebir este Derecho desde distintas perspectivas, todas las cuales nos muestran su notoria relevancia.

De manera muy general, la OMPI señala que el Derecho de Autor es un término jurídico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas.

También puede definirse como una disciplina jurídica que norma uno de los aspectos de la propiedad intelectual, ocupándose —tal como señala el INDECOPI—[1354] de las distintas relaciones jurídicas

[1354] Indecopi. *Preguntas sobre el Derecho de Autor.* Lima: INDECOPI, 1997, p. 10.

y los atributos de los autores en relación a las obras literarias, artísticas y científicas propias de su creación.

El Derecho de Autor, también es un Derecho universal, pues no se restringe a un ámbito territorial. Históricamente su desarrollo comprende, según lo señalado por Marco Proaño,[1355] tres épocas claramente definidas.

La primera época abarca desde la antigüedad hasta el siglo XV, cuando se inventa la imprenta. En este período la obra intelectual no tenía valoración económica y los autores apreciaban la distinción pública, los honores y la fama.

Con la aparición de la imprenta se dio inicio a la difusión pública, y con ella a la valoración moral y económica de la obra. En este período aparece el llamado sistema de los privilegios, esto es, el prohibir toda reproducción de las obras que no contaran con el permiso de la autoridad soberana, lo que supuso una protección económica directa al editor y solo indirecta al autor. La Revolución Francesa fue necesaria para abolir dicho sistema y concebir este derecho como uno de orden fundamental, reconociendo su plenitud.

Finalmente, en la última etapa, la evolución legislativa ha determinado la adopción de una doctrina que enfoca ese derecho desde una perspectiva moral y otra económica, enlazadas en una misma unidad. La normativa nacional y la internacional subrayan el importante papel que el citado Derecho representa para el desarrollo humano.

Es de esta manera que, asimismo, se concibe como un Derecho fundamental, en la medida que está interconectado con el Derecho a

[1355] Proaño Maya, Marco. *Derecho de Autor, un Derecho universal.* Lima, 1993, pp. 15 y ss.

la Cultura. No es casualidad que «tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 27) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIII), como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 15,1), los derechos a la cultura y a la protección de los creadores formen parte de una misma disposición, intención evidente de los redactores de destacar, que antes que una contradicción entre esos atributos, lo que existe es un carácter complementario en el ejercicio de ambos derechos individuales».[1356]

Efectivamente, el Derecho a la Cultura y el Derecho de Autor son derechos que se encuentran interrelacionados, no pudiendo subsistir el uno sin el otro. Después de todo, «el derecho a la cultura supone la existencia de una producción cultural, y ésta de los autores».[1357]

Así, ambos derechos se ubican dentro de la categoría de derechos humanos, lo que pone en evidencia su relevancia. En este sentido, no debemos olvidar que el concepto de «derecho humano» no se restringe a aspectos como la vida y la integridad, sino que abarca, sin jerarquización alguna, todos los aspectos del ser humano. Al fin y al cabo, todos los derechos reconocidos por dichos documentos parten del principio de unidad del hombre.

La consecuencia inmediata de lo expuesto, se traduce en la obligación de todos los Estados que han suscrito los mencionados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, de consagrar esos derechos en sus respectivas legislaciones. A esto hay que agregar que deben

[1356] Antequera Parilli, Ricardo. «La necesidad de una nueva legislación peruana sobre el Derecho de Autor y los Derechos conexos». En: *El nuevo Derecho de Autor en el Perú.* Lima: Perú Reporting, 1996, p. 41.

[1357] Antequera Parilli, Ricardo. *Op. cit.*, p. 41.

contemplar los mecanismos procesales para hacerlos efectivos y realizar los esfuerzos necesarios para que se satisfagan en la realidad.[1358]

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo las implicancias sociales y culturales que se derivan de este derecho, le ha otorgado carácter constitucional. Nuestra Carta Política de 1993 señala —en el inciso 8 de su artículo 2— que toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto, destacando, además, que el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

Actualmente, en el Perú rige el Decreto Legislativo N.° 822, denominado como la Ley sobre el Derecho de Autor. [1359]

[1358] *Idem.*

[1359] En la citada norma legal se dan algunas definiciones bastante útiles para entender los conceptos y nociones que forman parte del Derecho de Autor. A continuación reproducimos algunas:
Artículo 2.- «A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:
1. Autor: Persona natural que realiza la creación intelectual.
2. Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folklore, así como el artista de variedades y de circo.
3. Ámbito doméstico: Marco de las reuniones familiares, realizadas en la casa habitación que sirve como sede natural del hogar.
[...]
9. Divulgación: Hacer accesible la obra, interpretación o producción al público por primera vez con el consentimiento del autor, el artista o el productor, según el caso, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse.
[...]
16. Licencia: Es la autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciatario), para utilizarla en una forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia. A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad de los derechos.

17. Obra: Toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.
18. Obra anónima: Aquella en que no se menciona la identidad del autor por voluntad del mismo. No es obra anónima aquella en que el seudónimo utilizado por el autor no deja duda alguna acerca de su verdadera identidad.
[...]
21. Obra en colaboración: La creada conjuntamente por dos o más personas físicas.
22. Obra colectiva: La creada por varios autores, por iniciativa y bajo la coordinación de una persona, natural o jurídica, que la divulga y publica bajo su dirección y nombre y en la que, o no es posible identificar a los autores, o sus diferentes contribuciones se funden de tal modo en el conjunto, con vistas al cual ha sido concebida, que no es posible atribuir a cada uno de ellos un derecho indiviso sobre el conjunto realizado.
[...]
24. Obra originaria: La primigéniamente creada.
25. Obra derivada: La basada en otra ya existente, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria y de la respectiva autorización, y cuya originalidad radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto.
26. Obra individual: La creada por una sola persona natural.
27. Obra inédita: La que no ha sido divulgada con el consentimiento del autor o sus derechohabientes.
[...]
29. Obra bajo seudónimo: Aquella en la que el autor utiliza un seudónimo que no lo identifica como persona física. No se considera obra seudónima aquella en que el nombre empleado no arroja dudas acerca de la identidad del autor.
[...]
31. Préstamo público: Es la transferencia de la posesión de un ejemplar lícito de la obra durante un tiempo limitado, sin fines lucrativos por una institución cuyos servicios están a disposición del público, como una biblioteca o un archivo público.
[...]
42. Sociedad de Gestión Colectiva: Las asociaciones civiles sin fin de lucro legalmente constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores o titulares de esos derechos, y que hayan obtenido de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI— la autorización de funcionamiento que se regula en esta ley. La condición de sociedades de gestión se adquirirá en virtud a dicha autorización.
43. Titularidad: Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Ley.
44. Titularidad originaria: La que emana de la sola creación de la obra.
45. Titularidad derivada: La que surge por circunstancias distintas de la creación, sea

No podemos dejar de mencionar, en lo que a normatividad se refiere, los Tratados Internacionales que sobre el Derecho de Autor se han elaborado. Destaca, entre estos, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que constituye el convenio multilateral más antiguo que busca proporcionar una protección internacional completa tanto en los países industrializados como en los países en desarrollo.

De igual forma, debemos tener presente que la importancia del Derecho de Autor no se encuentra restringida al ámbito cultural y social. La necesidad de una normativa adecuada que proteja y promueva este derecho se fundamenta, además, en la relevancia económica que ha alcanzado especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, como producto de las innovaciones tecnológicas.

A grandes rasgos, podemos decir que la generación de una mayor creación de obras, toda vez que fomenta la cultura, se ve reflejada en un aumento del producto bruto interno del país.

Tal como señala Antequera,[1360] sin la existencia de los autores no existirían, tampoco, las actividades industriales y comerciales de las que estos forman parte. De igual modo, se perderían las llamadas industrias primarias del Derecho de Autor, es decir, aquellas que tienden a la explotación sobre la obra por parte de su titular; las industrias secundarias o relacionadas, que son productoras de bienes de capital como, por ejemplo, las de fabricación de instrumentos musicales. Asimismo, las denominadas industrias auxiliares y la actividad comercial directa tampoco se podrían desarrollar, lo que supone una pérdida de los ingresos que las mismas conllevan.

por mandato o presunción legal, o bien por cesión mediante acto entre vivos o transmisión *mortis causa*».

[1360] Antequera Parilli, Ricardo. *Op. cit.*, p. 47.

La incidencia que posee la explotación de las obras creativas es innegable, generando verdaderas industrias culturales.

27.23.1.2. Objeto de protección

Uno de los puntos de los que debemos partir al analizar la violación del Derecho de Autor y los daños que se deriven de tal situación, es que para que se configure una infracción a la Ley de Derechos de Autor y sea posible imponer sanciones y medidas —entre las que se encuentra la responsabilidad civil— es necesaria la existencia de una obra protegida por la normativa sobre derechos de autor.[1361]

No toda obra se encuentra protegida por este derecho. Para estarlo, debe cumplir con una serie de requisitos. La Sala del Tribunal de Propiedad Industrial del INDECOPI se ha pronunciado sobre el particular en más de una ocasión. Así, en la Resolución N.º 0286-98-TPI plantea criterios que determinan que una obra sea objeto o no de la protección del Derecho de Autor:

> Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con esfuerzo merece protección por derechos de autor.
>
> El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. En consecuencia, lo que ya forma parte del patrimonio cultural —artístico, científico o literario— no puede ser individual. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias.

[1361] Decreto Legislativo N.° 822:
Artículo 3.- «La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.
Los derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad».

Tampoco puede decirse que una creación es original si la forma de expresión se deriva de la naturaleza de las cosas o es una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas o por lógica o si la forma de expresión se reduce a una simple técnica que sólo requiere de la habilidad manual para su ejecución. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original o individual.

Pero el requisito de originalidad o individualidad no sólo sirve para determinar qué cosa es una obra y qué no, sino también para determinar el alcance de la protección del derecho de autor. Sólo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor.

Ahora bien, la determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho, se trata además de una noción subjetiva, en la medida que la originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras. En ese orden de ideas, para el derecho de autor el término creación no tiene el significado corriente de sacar algo de la nada y la originalidad de la obra no tiene que ser absoluta, por lo tanto no es necesario que la inspiración del autor esté libre de toda influencia ajena.

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural —artístico, científico o literario—, ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas, ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada

textualmente, tal circunstancia no convierte a esta en obra. (ANA MARÍA PACÓN LUNG. Presidenta de la Sala de Propiedad Intelectual).

Las mismas ideas han sido recogidas por el INDECOPI en su Resolución Jefatural N.º 198-94-ODA-INDECOPI. En ella, toman como base los argumentos presentados por Ricardo Antequera, señalando que son tres las premisas fundamentales que debe cumplir una obra para acceder a la protección del Derecho de Autor:

- El objeto que se tutele debe ser el resultado del talento creativo del hombre, ya sea en el ámbito literario, en el artístico o en el científico.
- Aquella protección es reconocida sin importar el género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino.
- Ese producto del ingenio humano debe tener características de originalidad, lo que implica que el producto creativo posea suficientes rasgos propios como para poder distinguirlo de cualquiera del mismo género, o de la mera aplicación mecánica de los conocimientos o ideas ajenas, o de la simple técnica.

Es importante subrayar que la protección de la obra no se encuentra sujeta a ningún tipo de formalidad, sino que se obtiene de modo automático con la creación misma.

La protección abarca toda la vida del autor y setenta años después de su muerte, salvo dos casos especiales. Así, las obras anónimas o seudónimas se encuentran protegidas por setenta años a partir de su divulgación, mientras que las obras colectivas, los programas de ordenador y las obras audiovisuales tienen una protección también de setenta años, pero contados a partir de su primera publicación. Cumplido el plazo de protección de la obra, esta pasa al dominio público y, por lo tanto, su reproducción y utilización se convierte en libre —aunque respetando los derechos morales del autor—.

27.23.1.3. Naturaleza jurídica

Como expresa Paul Goldstein,[1362] «A lo largo del siglo XX la doctrina ha tratado de encontrar por un lado, una denominación apropiada para los derechos de los autores en los que se conjugan las facultades patrimoniales y morales dando lugar a diversas propuestas. Por otro lado, se ha planteado un debate en torno a la naturaleza jurídica, predominando en la doctrina francesa y en otros países la concepción dualista, y en la doctrina alemana el predominio de la tesis monista. Haciendo una enunciación para remitirnos a la doctrina que ha estudiado el tema, la concepción dualista considera que el derecho de autor está enraizado en dos ramas diversas, por un lado en los derechos de la personalidad respecto al derecho moral y por otro, en los derechos de propiedad respecto al derecho patrimonial. Por su parte las teorías monistas defienden que las facultades que se otorgan a los autores se integran en un solo derecho».

El Tribunal Supremo Español[1363] ha reconocido que el Derecho de Autor ha de ser contemplado en su unicidad, tiene un contenido plural de facultades propias y proyecciones que se pueden agrupar en aquellas de contenido patrimonial, derivadas de la explotación económica de la obra; y las de carácter moral, derivadas de la paternidad de las obras, que por su talento, arte e inspiración han logrado alcanzar.

Al respecto Goldstein,[1364] aun admitiendo la coexistencia del derecho moral o personalísimo con el contenido patrimonial, se pro-

---

[1362] GOLDSTEIN, Paul. *El copyright en la sociedad de la información.* Alicante: Universidad de Alicante, 1999, pp. 36 y 37.

[1363] PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen. *Derecho de Autor: La facultad de decidir su divulgación.* Madrid: Civitas, Universidad de las Palmas de la Gran Canaria, 1993, p. 33.

[1364] GOLDSTEIN, Paul. *Op. cit.*, p. 38.

nuncia por la existencia de un único derecho a favor del autor sobre su obra, lo que no impide que este derecho tenga como contenido distintas facultades tanto de índole moral como patrimonial.

Nuestra legislación opta, en cambio, por admitir que los derechos que se reconocen al autor son de dos clases: morales y patrimoniales. Todo ello se encuentra dispuesto en la Ley sobre el Derecho de Autor:

> Artículo 18.- «El autor de una obra tiene por el solo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley».

Los derechos morales son aquellos vinculados intrínsecamente a la personalidad del autor y, por lo mismo, tienen caracteres especiales.

> Artículo 21.- «Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.
>
> A la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición legal en contrario».
>
> Artículo 22.- «Son derechos morales:
>
> a) El derecho de divulgación.
>
> b) El derecho de paternidad.
>
> c) El derecho de integridad.
>
> d) El derecho de modificación o variación.
>
> e) El derecho de retiro de la obra del comercio.
>
> f) El derecho de acceso».

Los derechos económicos, por otro lado, son aquellos que permiten al creador explotar su obra y obtener beneficios patrimoniales:

> Artículo 30.- «El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa».
>
> Artículo 31.- «El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:
>
> a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
>
> b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
>
> c) La distribución al público de la obra.
>
> d) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
>
> e) La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo mediante transmisión.
>
> f) Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa».

Al margen de la discusión doctrinaria en torno a la dualidad o unicidad de este derecho, podemos concluir —junto con la doctrina de la materia— que cualquiera que sea la posición que se adopte, lo cierto es que una protección adecuada al autor solo estará completa si se tiene en cuenta ambos aspectos —patrimonial y moral—, ya sea considerándolos como facultades de un mismo y único derecho, o con-

siderándolos como dos clases distintas de derechos atribuidos al creador de la obra.

27.23.2. Responsabilidad civil derivada de la violación del Derecho de Autor

La importancia del Derecho de Autor es incuestionable desde los puntos de vista social, cultural, económico y jurídico. Esto ha llevado a nuestro legislador, en su intento de protegerlo y promoverlo, a dictar una Ley que lo regule y que se encuentre acorde, asimismo, con la legislación internacional sobre la materia.

El Decreto Legislativo N.° 822 señala, expresamente, la posibilidad de accionar en la vía civil:

> Artículo 196.- «Los titulares de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta ley, sus representantes o las sociedades de gestión colectiva, sin perjuicio de otras acciones que les correspondan, podrán pedir el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados por la violación, así como el pago de las costas procesales».

Para exigir indemnización es necesario, en principio, que concurran los elementos configurativos de la responsabilidad civil. En este punto debemos analizar la naturaleza de la responsabilidad que se presenta en el caso concreto. Como bien sabemos, la distinción no es nimia, pues las consecuencias que se derivan de uno y otro tipo no son las mismas, en tanto las normas a aplicar también varían.

En general, podemos decir que la responsabilidad puede ser en algunos supuestos contractual y en otros extracontractual.

Será contractual cada vez que la misma surja del incumplimiento de un contrato y que, por consiguiente, exista un nexo convencional

entre el lesionado y el infractor. El autor, sin perder sus derechos morales sobre su obra, puede ceder los derechos de explotación contenidos en el derecho patrimonial, lo que propiamente implica una autorización a favor de terceros para la utilización de la misma.

Son diversas las clases de contratos de explotación que el autor puede celebrar. El incumplimiento de lo allí pactado determinará, de concurrir los demás elementos que configuran la responsabilidad contractual, el nacimiento de la misma. Se tendrá, entonces, que examinar lo dispuesto por las partes. Como es evidente, dicha responsabilidad se regirá por el artículo 1321 del Código Civil de 1984. Por ende, el factor de atribución es la culpa o el dolo.

Será, en cambio, responsabilidad extracontractual, cuando la infracción tenga como origen un hecho ilícito. En este caso resulta más complejo realizar una evaluación respecto a la concurrencia de sus elementos constitutivos. Por ese motivo, dedicaremos atención especial al examen de sus presupuestos:

27.23.2.1. Conducta ilícita

Aquí debemos partir de la premisa de que existe una obra protegida por el Derecho de Autor.[1365] De esa forma, la conducta ilícita del agente está dada por la infracción a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.° 822, encargado de regular el Derecho de Autor. Si bien en principio puede parecer sencillo discriminar las situaciones en las que el comportamiento sea antijurídico, en la medida que se considere como tal a todo aquel que implique un uso —en sentido amplio— no autorizado de la obra, la realidad es otra.

[1365] Sobre este punto nos remitimos a lo ya desarrollado en el presente acápite.
[1366] GOLDSTEIN, Paul. *Op. cit.*, pp. 25 y 26.

Existen razones sociales y de acceso a la cultura y a la información, que han hecho que ese derecho absoluto que se le reconoce al autor de una obra, se encuentre limitado a determinados supuestos.

Como anota Golstein:[1366]

> Tanto en Europa como en EE.UU., es evidente que se copia el material protegido por la ley para uso privado. El problema se encuentra en determinar en qué medida tales reproducciones perjudican a los titulares de los derechos de autor. [...]
>
> En la actualidad se permiten excepciones que tienen justificación en la doctrina del '*fair use*' (uso justo) de origen norteamericano con la tendencia a extenderse a otros países, y que ha sido objeto de un estudio serio por nuestra doctrina civilista. La solución menos mala es el establecimiento de unos cánones obligatorios que compensen a los autores porque es imposible el control de todas las copias que se realizan en privado y más difícil separar las que constituyen un uso justo de las que no lo son.

El Convenio de Berna —suscrito por nuestro país— establece la base jurídica de esta suerte de límites al derecho de autor:

> Artículo 9.- «1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.
>
> 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor [...]».

Ahora bien, para determinar cuándo estamos frente a un uso legal y, por ende, no antijurídico, debemos evaluar diversos factores a la luz del citado Convenio y de nuestra legislación. Para esto debemos

partir de la concurrencia de dos requisitos fundamentales sin los cuales resulta imposible que la utilización no ocasione daños.

Tal y como señala Gladys Triveño,[1367] es necesario que la obra haya sido publicada previamente con autorización del autor. De donde se sigue, que no puede haber uso libre sobre una obra «pirateada» o ilícitamente divulgada. Asimismo, es preciso que cada vez que se haga uso libre de una obra, se mencione el nombre del autor y de la fuente.

El análisis de cada caso concreto requiere, como hemos indicado, remitirnos a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N.° 822 que regula, entre sus artículos 41 y 51, todo lo vinculado a las limitaciones al Derecho de Autor. Estos límites, al ser excepciones al derecho absoluto que posee el autor sobre su obra y que están fundados en un equilibrio entre los intereses individuales de este y los intereses sociales, están sujetos a *numerus clausus*. No se puede, en consecuencia, hacer una interpretación analógica de los mismos, a fin de ampliarlos. De igual manera, es preciso destacar que dichos límites no afectan el derecho moral del autor.

Ahora bien, estas limitaciones no deben hacernos olvidar —como dice Ugarteche—[1368] que «La exclusividad o monopolio del ejercicio de explotación de las facultades morales y patrimoniales por parte del autor es el elemento esencial de la propiedad intelectual, como un derecho de propiedad sobre la obra, que conlleva la disposición de autorizar o prohibir el uso de la misma. La propiedad incorporal o intelectual sólo se adquiere mediante cesión expresa, entre vivos o

---

[1367] Triveño, Gladys. «De los límites al derecho de autor y las posibilidades de su ejercicio». *Thémis*, n.º 36, *Op. cit.*, p. 192.

[1368] Ugarteche Villacorta, Rubén. «El derecho de autor y las nuevas tecnologías». *Thémis*, n.º 36, p. 204.

mortis causa, o cesión legal; el titular del derecho de autor tiene sobre la obra un derecho absoluto e inalienable, controla todas las formas de explotación que puedan existir sobre su obra, y las excepciones no limitan el derecho sino el ejercicio del mismo».

27.23.2.2. Factor de atribución

Existen, en este punto, dos posibilidades, según consideremos que el sistema que prevalece es el subjetivo o si optamos por admitir que se trata de una responsabilidad objetiva.

La Ley sobre el Derecho de Autor no informa nada al respecto, en tanto se conforma con admitir la procedencia de medidas y acciones civiles, tras la violación del derecho de autor. La lógica nos lleva a inclinarnos por la teoría subjetiva, pues la naturaleza de la violación no encaja en lo dispuesto por el artículo 1970 de nuestro Código Civil, norma en la que se prevé no la responsabilidad objetiva en sentido estricto, sino la responsabilidad objetiva por el riesgo creado.

En tal sentido, no solo se trata de que el agente haya cometido el hecho ilícito, sino también de que lo haya cometido por culpa o dolo.

27.23.2.3. Daño y nexo causal

Este punto posee matices interesantes que deben concordarse con la extensión del derecho del autor que, como hemos mencionado en varias ocasiones, implica derechos de contenido moral y derechos de contenido económico.

Como es obvio, el daño debe ser consecuencia del actuar del agente; de lo contrario no le sería imputable la responsabilidad ni exigible la reparación o indemnización. A su vez, al realizar el examen correspondiente se debe partir de las normas y principios generales de la responsabilidad.

En cuanto a la prueba del daño, esta resulta —*a priori*— más que complicada, como también resulta compleja la evaluación de dicho daño. Reconocer lo justo jamás es una misión sencilla; reconocer el *quantum* justo depende de las pruebas y de distintos elementos que el juez debe ponderar.

Dichas complicaciones han llevado a asumir algunos criterios que hacen especial el estudio de los daños derivados de la violación del derecho de autor. Así, pese a que se fundamenta en los criterios generales de la responsabilidad civil, este supuesto presenta algunos rasgos propios.

En lo que respecta a la prueba del daño, coincidimos con Lipszyc y Cifuentes[1369] en afirmar que toda conducta que implique una trasgresión al derecho de autor o sus derechos conexos causa por sí misma un daño que debe ser reparado. El autor, consecuentemente, no tiene que probar que dicha infracción ha disminuido su venta, pues simplemente prevalece el principio de que nadie tiene derecho a enriquecerse con el trabajo intelectual ajeno.

La evaluación del daño, por otra parte, debe realizarse atendiendo a la naturaleza de este,[1370] es decir, si se trata de un daño moral o uno patrimonial. El juez, al momento de decidir y determinar el *quantum* de la indemnización, no solo se deberá valer de lo dispuesto en el ordenamiento civil, sino que será esencial que tome en cuenta los caracteres particulares del Derecho de Autor.

- Evaluación del daño moral:

[1369] Ferreyros Castañeda, Marisol. «Las acciones y procedimientos civiles». En: *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Lima: Perú Reporting, 1996, p. 510.

[1370] Este criterio también juega un rol importante en la evaluación de los daños en los casos de responsabilidad contractual.

Según refiere Santos Cifuentes,[1371] «Aparece este daño sin mayor esfuerzo, sostenido en la idea del llamado derecho moral del autor o paternidad. La faz inmaterial del derecho de autor ha sido lesionada; el área extrapatrimonal fue invadida; la paternidad violada. Los efectos aparecen con mayor propiedad *in re ipsa* y se delegará en el juzgador la determinación de la suma que representa ese daño para dar satisfacción al dañado».

En la medida que la responsabilidad civil persigue el resarcimiento de la víctima y no el castigo del victimario, el juez deberá analizar la situación jurídica a fin de concederle al primero una reparación que compense el daño moral que ha sufrido. Pese a que la evaluación presupone —en menor o en mayor grado— la subjetividad del juez, este podrá acudir a elementos y criterios de naturaleza objetiva.

Santos Cifuentes[1372] proporciona una lista compuesta por algunos de estos criterios: el tipo de obra; su característica más o menos entrañable, según sea el autor, sus herederos o cesionarios legítimos y con facultad exclusiva vigente; las condiciones sufrientes del lesionado, como la edad, la condición económica; la extensión o repercusión del hecho violador; la calidad de la obra plagiada y sus efectos en otros bienes personalísimos como el honor también herido; la intimidad de un autor difundida, etc.

- Evaluación del daño material:

[1371] Cifuentes, Santos. «Daños. Cómo evaluar el resarcimiento por la utilización no autorizada de las obras. Su incidencia en la jurisprudencia (Desde la perspectiva del magistrado)». En: *Libro homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Op. cit.*, p. 405.

[1372] Cifuentes, Santos. *Op. cit.*, p. 407.

Si se trata de la violación de un derecho patrimonial del autor, el daño que debe evaluarse también tiene contenido económico. En tal supuesto habrá que analizar el perjuicio sufrido, esto es el daño emergente y el lucro cesante, determinando así las pérdidas ocasionadas y las ganancias frustradas.

Debemos destacar que ambas categorías de daños —moral y material— pueden estimarse y reclamarse juntas. De lo anterior se infiere, entonces, que ante la «empeñosa búsqueda de un monto con el espinoso problema de la falta de medios concretos de su determinación, los actores piden globalmente el que recogen los dos daños».[1373]

27.23.3. A modo de conclusión

A decir de Edmundo Pizarro Dávila,[1374] «El derecho de autor no es un privilegio del deseo, sino más bien una justa compensación de los méritos, las cualidades y las virtudes que el creador de obras del espíritu evidencia y cultiva, por lo que este bien intelectual debe ser defendido por los juristas y legisladores contra todas las potencias adversas».

Esta verdad ha llevado a la implementación de una normatividad tanto nacional como internacional que tiene como objetivo no solo brindar protección a los creadores de las obras, sino también fomentar conciencia de lo que ello significa.

El Derecho de Autor cuenta con rasgos especiales que lo caracterizan y que no pueden obviarse a la hora de evaluar los daños que se derivan de su violación. La responsabilidad civil que de ella emana, pese a partir de los principios generales que informan el Derecho Pri-

[1373] Cifuentes, Santos. *Op. cit.*, p. 409.

[1374] Pizarro Dávila, Edmundo. La obra del ingenio como producción del espíritu y el derecho el autor.

vado, asume esas características, matizando el análisis y la reflexión que debe plantearse en cada caso.

Es preciso que la evaluación de la responsabilidad en general, y de los daños en particular, tome en consideración el contenido y la extensión de este derecho, así como su naturaleza y su regulación legal.

De este modo, una reflexión que pretenda ser seria debe incorporar a su análisis una serie de factores que permitan al jurista decidir cuándo ha habido, efectivamente, una violación, y cómo es que los daños de la misma deben determinarse.

La distinción entre derechos morales y derechos patrimoniales cobra aquí gran trascendencia, la misma que también recae en la existencia de supuestos taxativamente enumerados, en los que se atribuye licitud al uso de obras creativas sin la autorización del autor, y que responden a la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información.

Esta misma búsqueda de equilibrio es la que impone la necesidad de que la prueba y la evaluación de los daños «se objetivicen», en la medida que la infracción de los derechos de autor represente, por sí misma, un daño.

27.24. Responsabilidad civil derivada de infracciones a las leyes de protección al consumidor

Es criterio generalizado que las condiciones de la oferta y la demanda determinan los precios del mercado. Básicamente, las condiciones de la oferta implican el conocimiento tecnológico: sea el capital humano, la investigación, lo que ha desarrollado el hombre para dominar la naturaleza, y el conocimiento de los recursos, siempre limitados, que existen en la naturaleza para aplicarlos a la producción. Por otro lado, las condiciones de la demanda involucran los gastos y las preferencias de los consumidores, así como la forma en que cada uno de ellos quiere satisfacer sus distintas necesidades, tomando en consideración los costos y las alternativas.

Dentro de este esquema, podemos distinguir dos personajes cuyo protagonismo económico es central: la empresa que produce bienes o brinda servicios para maximizar ganancias, y el consumidor que busca satisfacer sus deseos y necesidades por medio de la obtención de esos bienes o servicios.

En este contexto y sin importar la noción que manejemos del Derecho respecto a su esencia y función, no podemos negar que el mismo se encuentra inmerso en un mundo globalizado que tiende a una apertura comercial cada vez mayor. De allí que resulta más que lógico que cada día se estimule y desarrolle un tráfico mercantil intenso tanto a nivel nacional como internacional, lo que genera una mayor cantidad de conflictos entre los sujetos participantes, sean compradores, vendedores, comerciantes o consumidores.

Esto ha llevado a que el Estado intervenga en las relaciones económicas estableciendo un marco normativo a través del cual busca proteger los derechos y los intereses legítimos del consumidor, toda vez que tutela y promociona el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante una serie de medidas y mecanismos de prevención, tales como la prohibición de monopolios y de otras prácticas que restringen el funcionamiento eficiente del mercado.

Hoy se advierte la necesidad de aumentar la protección legal del consumidor, en la medida que las condiciones de producción y comercialización masiva, así como la economía de mercado que predomina en nuestro sistema, han determinado que el consumidor deje de ser soberano para convertirse en la parte más débil de la denominada relación de consumo. La violación de las normas de protección al consumidor no solo tiene injerencia negativa en el desarrollo eco-

nómico, sino también supone la configuración de una serie de daños injustos que recaen en este sujeto.

En las siguientes páginas examinaremos algunas de las nociones esenciales que se encuentran involucradas en el tema de la responsabilidad civil derivada de la infracción a las normas de protección al consumidor. No pretendemos realizar un análisis exhaustivo, pues la riqueza del tema no lo permitiría; no obstante, sí tenemos como fin construir el marco teórico que permita identificar los principales supuestos que pueden presentarse para, luego, desarrollar algunos de los problemas puntuales de los mismos.

27.24.1. La relación de consumo

En este orden de ideas, debemos señalar, como lo hace la doctrina, que las relaciones que se establecen dentro del ámbito de nuestro estudio son las denominadas relaciones de consumo.[1375] Estas se encuentran determinadas por la concurrencia de tres elementos, vinculados de forma intrínseca, de manera que la ausencia de uno de dichos componentes determinaría, por ende, la ausencia de la relación.

[1375] El término «consumo» puede ser usado para referirse tanto a una acción como a un acto. Desde la primera perspectiva es la acción por la cual los diversos bienes y servicios son usados o aplicados a los fines a que están destinados, ya sea satisfaciendo las necesidades de los individuos o sirviendo a los propósitos de la producción. La economía considera el consumo como el fin esencial de la actividad económica. Consumo es, entonces, la utilización de bienes y servicios para nuestra satisfacción y la de otros. Como acto, en cambio, es definido el acto final del proceso económico, que consiste en la utilización personal y directa de los bienes y servicios productivos para satisfacer necesidades humanas. El consumo puede ser tangible (consumo de bienes) o intangible (consumo de servicios). Además, se puede clasificar —de acuerdo a quien realice el acto— en privado y público. El consumo privado es el realizado por las familias y las empresas, y el público es hecho por el gobierno.

Estos elementos son el consumidor o usuario, el proveedor y el producto o servicio[1376] materia de una transacción comercial.

27.24.1.1. Hacia un concepto de consumidor

A grandes rasgos, el consumidor es definido como todo agente económico que demanda bienes y servicios de consumo para satisfacer alguna necesidad específica. La amplitud de esa definición impone como primer objetivo el delimitar sus alcances, para lo cual debemos partir de las nociones que sobre aquella predominan en el liberalismo.

A decir de Adam Smith:[1377]

> Ni los empresarios ni los terratenientes ni los capitalistas deciden qué bienes deben ser producidos. Esto corresponde exclusivamente a los consumidores. Cuando los hombres de negocios no siguen dóciles y sumisos, las directrices que, mediante los precios del mercado el público les marca sufren pérdidas patrimoniales; se arruinan y acaban siendo relevados de aquella eminente posición que ocupan [...].

Las afirmaciones anteriores, propias de la literatura liberal, se enmarcan dentro del pensamiento de Adam Smith. El prestigioso economista ya se había encargado de sentar estos lineamientos al con-

[1376] La Ley de Protección al Consumidor —Decreto Legislativo N.º 716— señala lo siguiente:
Artículo 3.- «Para los efectos de esta ley, se entiende por:
[...]
c) Producto.- Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.
d) Servicios.- Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia».

[1377] Citado por Gutiérrez Camacho, Walter. «El contrato de consumo y la crisis de la contratación clásica». En: *Contrato y mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000. p. 161.

siderar que el interés predominante dentro del proceso productivo, cuyo objetivo es el consumo, no puede ser otro que el interés del consumidor.

El eje central del sistema planteado es la libertad de los consumidores para escoger los bienes y/o servicios que han de satisfacer sus necesidades. Dicha libertad asegura un consumo óptimo por parte de cada individuo, dentro de las limitaciones de sus propias posibilidades. El consumidor o usuario tendrá, en consecuencia, la amplitud suficiente como para disponer libremente de los medios a su alcance, con el objetivo de alcanzar sus metas. A esto debemos agregar que la libertad del consumidor también implica que obtendrá esos bienes y servicios que necesita de manos de los proveedores que él escoja.

Entienden los autores consultados que sobre la base de este planteamiento, nos encontraríamos entonces frente al consumidor soberano que lleva las riendas de la economía, pues es mediante su actitud que se resuelve el qué y cuánto producir y el cómo y para quién producirlo. El productor, en contraposición, tiene que estar al servicio del consumidor y no al servicio de las ideas que personalmente tenga acerca de lo que conviene a la gente.

Bajo esta perspectiva, esa soberanía del consumidor se manifiesta en su libertad de elegir artículos, en su libertad de elegir entre los vendedores, en su libertad de elegir las calidades de los artículos. Asimismo, esta soberanía exige, sobre todo, que el consumidor tenga la posibilidad de influir en el mercado, es decir, de influir en el sistema de precios que representa lo que elabora y posee el cuerpo social, resultante de la interacción de los consumidores y de los productores, dentro del marco de la tecnología, del conocimiento, de los recursos y de los gustos que existen en la colectividad, y que determinan el uso de los factores de la producción.

Sin embargo, tal y como lo sostiene Gutiérrez Camacho,[1378] hoy no es admisible, ni siquiera en los terrenos teóricos, afirmar que el consumidor es el soberano en el mercado. Los hechos han demostrado que si el consumidor no es protegido, se convierte, irremediablemente, en esclavo del escenario económico.

Indica que es posible afirmar, siguiendo este razonamiento, que el consumidor es, al mismo tiempo, la figura protagónica de los actos de consumo y la parte más débil de las relaciones que derivan de dichos actos. Agrega que esta debilidad es estructural, en tanto deviene de la definición misma de consumidor que lo caracteriza como un aficionado o amateur del mercado. Dicho rasgo —según Gutiérrez Camacho— se sostiene en dos razones: el destino que le da al bien o servicio adquirido, y el nivel de información que maneja para la toma de su decisión a la hora de adquirirlo.[1379]

Lo anterior nos conduce a la Ley de Protección al Consumidor:

Artículo 3.- «Para los efectos de esta ley, se entiende por:

a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios».

La citada norma permite delimitar la concepción de consumidor, de modo que se agrega un nuevo elemento a aquella. Así, no es suficiente que la persona adquiera un bien o servicio de manos de un proveedor, sino que también resulta indispensable tener la condición de destinatario final.

[1378] Gutiérrez Camacho, Walter. *Op. cit.*, pp. 161 y 162.
[1379] *Ibidem*, p. 163.

Señalan los autores que esta misma ha sido la posición adoptada por el INDECOPI, organismo que, al respecto, se ha pronunciado indicando que no todo consumidor, en sentido lato, está protegido por las normas de protección al consumidor. La Ley contempla dentro de su ámbito de protección solo a los destinatarios finales de los bienes que adquieran o los servicios que contraten.

Este criterio que han venido utilizando la Comisión y la Sala del INDECOPI, a efectos de determinar en qué casos el adquiriente o usuario de un bien o servicio es un consumidor en los términos de la Ley, ha sido establecido en un precedente de observancia obligatoria,[1380] en el cual la Sala ha señalado que un «consumidor final» es el

[1380] Las consideraciones elaboradas por INDECOPI sobre este tema son importantes, en la medida que brindan los parámetros a través de los cuales podremos identificar al consumidor protegido por nuestra legislación. En este sentido, resulta imprescindible transcribir algunos de los planteamientos sobre los cuales el INDECOPI se pronunció en la Resolución N.º 101-96-TDC:
«Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que la protección al consumidor se desarrolla en el ámbito de una economía social de mercado; esto es, de un sistema en que la interacción entre los ofertantes y demandantes orienta la asignación de los recursos, determinando la calidad y los precios en los que los bienes y servicios se incorporan al mercado. En consecuencia, no es rol del Estado y, por tanto, tampoco lo es del INDECOPI, el sustituir las decisiones de los ofertantes y demandantes. Por ello, una adecuada interpretación de las normas de protección al consumidor y, en especial, la definición de qué consumidor se encuentra amparado por nuestra legislación, es necesaria y deberá permitir que este régimen especial guarde relación con el funcionamiento de un mercado libre y dinámico [...].
El inciso a) del articulo 3 del Decreto Legislativo N.º 716 define al consumidor o usuario como la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como 'destinatario final' productos o servicios. Esta definición, en principio bastante simple, puede prestarse a interpretaciones muy diversas. La interpretación correcta de esta definición, y en especial del término «destinatario final» constituye, a fin de cuentas, la determinación de una de las fronteras reales de las normas de protección al consumidor, y por tanto de la competencia de la Comisión y, en segunda instancia administrativa, de la presente Sala en este campo. [...]».

que adquiere o usa el bien para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. De aquí que podamos denominar al consumidor como el último eslabón de la cadena de producción–consumo, en tanto, ya sea que se trate de una persona natural o jurídica, el bien o servicio no reingrese al mercado.

Coincide la doctrina especializada en expresar que en la realidad no siempre es sencillo determinar cuándo efectivamente el sujeto puede ser calificado como consumidor y, por ende, ser destinatario de la normativa especial creada para tutelar sus intereses.

Se entiende que en ocasiones las empresas ocupan el rol de consumidores finales, en tanto adquieren bienes que, aun estando en su activo, no son utilizados en su actividad productiva, sino para su uso directo.[1381] Igualmente, cabe destacar —siguiendo los lineamientos contenidos en la Resolución de observancia obligatoria N.º 101-96-TDC— que el ámbito de protección del Decreto Legislativo N.º 716 no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio. Una persona puede entrar en

[1381] Lo señalado en la Resolución N.° 001-1997/TDC, de fecha 3 de enero de 1997, en el Expediente N.° 037-96-CPC, seguido por Inmobiliaria Suiza S.A. contra Braillard S.A. apunta a esta misma idea: «Se considera como consumidor o usuario final, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3° de la Ley de Protección del Consumidor, a la persona natural o jurídica que adquiere o utiliza un producto o un servicio como destinatario final sin transferirlo a otra persona. No se consideran, en cambio, consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren un bien o servicio para incorporarlo como insumo, sin transformación o con una transformación mínima, en el producto o servicio que ofrece y así transferirlo a un destinatario final, según las definiciones contenidas en los artículos 1° y 3° inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser considerados consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes. Sin perjuicio de ello, las situaciones que sigan presentando ambigüedad serán resueltas casuísticamente, apelando a los principios generales del Derecho, a la equidad y al sentido común».

contacto con un bien o un servicio de muchas maneras, sin que resulte necesario haberlo adquirido directamente como propietario o, incluso, sin que medie una relación contractual con el proveedor. Así, por ejemplo, una persona puede recibir prestado o regalado un producto que posteriormente resulte defectuoso, caso en el cual puede accionar como consumidor.

En ese contexto podemos inferir una consecuencia más que relevante, esto es, que en tanto el consumidor es el destinatario final, no le es exigible la diligencia propia del proveedor, sino únicamente la que le corresponde como «consumidor razonable».

El concepto de consumidor razonable ha sido introducido por la jurisprudencia administrativa como un complemento a la noción de consumidor final que limita el acceso a la normativa especial de protección como una forma de mantener el funcionamiento de un mercado libre y dinámico.

Un sector de la doctrina se ha pronunciado en contra de este criterio o parámetro, aduciendo que el mismo olvida que en nuestro medio el hombre razonable es un ser especial, escaso, que no equivale a consumidor promedio, por lo que la medida establecida tiende a derivar en desprotección.

Gutiérrez Camacho[1382] se ubica dentro de aquella postura, sobre la base de los siguientes argumentos:

> Esto nos confronta con la siguiente cuestión: la figura del consumidor razonable nos conduce a desproteger a un grupo de consumidores: la mayoría. Es decir, de acuerdo a este razonamiento, la mayoría de consumidores no estarían protegidos por la ley. Los que para Indecopi serían consumidores torpes o irracionales, los que no saben conducirse en el mercado. Convengo en que hay que educar al consumidor, que el desarrollo de un país no depende sólo de la calidad de sus empresas, sino también de la calidad de sus consumidores. Consumidores exigentes generan empresas exigentes consigo mismas. La calidad no depende sólo de quien produce, depende tanto o más de quienes compran. En ese contexto, el problema del derecho de los consumidores es un tema que involucra el desarrollo económico del país. Pero esto no nos puede llevar a crear en «vía de interpretación» un consumidor que sólo tiene una existencia ideal o cuando menos muy limitada, y por tanto, proteger a un sector muy reducido de los consumidores. Además, esta interpretación jurisprudencial va a contrapelo de la tendencia mundial, que busca ampliar cada vez más el ámbito de protección de la legislación de consumo.

[1382] Gutiérrez Camacho, Walter. *Op. cit.*, p. 168.

Ubicándonos en otra linea de pensamiento dentro de los autores nacionales, no compartimos la tesis planteada por el profesor citado, en tanto si bien admitimos la trascendencia de brindar una protección adecuada al consumidor, no creemos menos cierto que dicha protección debe fundarse en la búsqueda de eficiencia del sistema. Se trata, a nuestro modo de ver, de garantizar la tutela de los intereses de los consumidores sin perjudicar el interés de las empresas, como un medio que conlleve a la mejoría del mercado, al suponer una mayor claridad en la información que se brinde en los productos o servicios, así como en la consecución del equilibrio entre la oferta y la demanda.

27.24.1.2. El proveedor

La Ley de Protección al Consumidor también se ha encargado de establecer el concepto de proveedor. De esta forma ha definido a este sujeto de la relación de consumo, como toda persona natural o jurídica que realiza operaciones de producción o venta de bienes o prestación de servicios de manera habitual o en establecimientos abiertos al público:

Artículo 3.- «Para los efectos de esta ley, se entiende por:

[...]

b) Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

b.1) Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor o al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

b.2) Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

b.3) Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

b.4) Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores».

La definición contenida en la norma transcrita, detalla cada uno de los roles que el concepto de proveedor puede asumir en la cadena de producción–consumo. Ello supone que el sujeto cuya actividad encaje en alguna de las descripciones elaboradas en la definición general o en alguna de las específicas, no podrá ser calificado como consumidor o usuario respecto de los bienes que utiliza para la consecución de su actividad comercial.

Ahora bien, resulta conveniente retomar los criterios que la Sala del INDECOPI ha establecido sobre la materia, en la medida que estos representan una brújula indispensable en cualquier análisis de este tema:[1383]

> En cuanto al criterio de habitualidad, la Sala ha considerado que debe tenerse presente que incluso en el caso que la persona no realice sus actividades en establecimientos abiertos al público, si esta realiza la actividad de manera común y reiterada, será considerado proveedor. Adicionalmente, ha señalado que el concepto de habitualidad no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deben realizarse para presumir la habitualidad. Por el contrario, la habitualidad a la que se refiere la Ley se encuentra referida al supuesto en que pueda presumirse que alguien desarrolla la actividad para continuar en ella.
>
> De otro lado, la Sala ha considerado que aquellas personas, naturales o jurídicas, que presten servicios intermedios a otras que contraten directamente con los consumidores deben ser entendidas también como proveedores de los mismos frente a los consumidores usuarios de ellos. Ello quiere decir que aquellas personas naturales o jurídicas que presten servicios que a su vez se incorporen o complementen con los servicios que otras personas naturales o jurídicas prestan directamente a los consumidores, también deben ser consideradas como proveedores, aun cuando el consumidor no haya contratado directamente con ellas.
>
> Finalmente, la Sala ha establecido que para que exista una relación de consumo entre un consumidor y un proveedor, es necesario que el bien o el servicio haya sido vendido o prestado a cambio de una contrapres-

[1383] Lineamentos Sobre la Protección al Consumidor publicados el 7 de junio de 2001. Este documento constituye una recopilación de criterios que, hasta la fecha, han utilizado la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI para resolver las denuncias sobre infracciones a las normas de protección al consumidor, los mismos que son aplicables para todos los casos de infracción a dichas normas.

tación. En tal sentido, la Ley excluye las operaciones a título gratuito. No obstante ello, debe tenerse cuidado con los bienes o servicios suministrados gratuitamente con ocasión de una transacción onerosa, como el caso de las ofertas, promociones o regalos vinculados a la transacción originaria, toda vez que ellas sí son consideradas operaciones de consumo por la Ley.

El fundamento de estos principios se sustenta también en el problema de la asimetría en la información. El concepto de proveedor se vincula justamente con aquél que se encuentra en mejor aptitud para contar con información relevante respecto de los bienes y servicios que se intercambian en el mercado.

27.24.2. Marco normativo de la protección al consumidor

Luego de revisar algunos de los rasgos principales de los sujetos que se constituyen como protagonistas de la relación de consumo y, por ello, como ejes de nuestro examen sobre la responsabilidad civil que de aquella se puede derivar, debemos prestar atención a las normas que rigen dicha relación. En primer lugar, precisa señalarse que el texto que consagra la defensa de los intereses y derechos del consumidor posee rango constitucional. Se trata del artículo 65 de la Carta Política de 1993:

Artículo 65.- «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

En opinión de Gutiérrez Camacho:[1384]

La consagración constitucional de los derechos de los consumidores es un hecho de vital importancia para el Derecho peruano. La supremacía

[1384] Gutiérrez Camacho, Walter. *Op. cit.*, p. 171.

de la Constitución en el ordenamiento jurídico, así como su fuerza jurígena nos permiten afirmar que estamos ante un nuevo principio general de nuestro derecho y que como tal debe cumplir una triple función, a saber: función creadora del Derecho, es decir, toda producción legislativa, relacionada al tema, deberá inspirarse en dicho principio; función interpretativa, dado que el Derecho para ser aplicado necesita ser interpretado, esta interpretación deberá hacerse en armonía con este principio; finalmente, función integradora, lo que quiere decir que en caso de vacío o deficiencia legal se recurrirá a este principio».

Desde esta perspectiva, la Ley de Protección al Consumidor responde a tal principio, fundando su lógica en la asimetría que existe en la relación de consumo y que se refleja en la situación de inferioridad del consumidor.

La necesidad de protección y tutela que se deriva de esta situación no debe, sin embargo, ser confundida con el proteccionismo que, lejos de lograr el desarrollo de la economía, la estanca. No se trata de concebir un sistema jurídico en donde se regule cada uno de los aspectos de la relación de consumo de modo que se «equipare» la fuerza de ambas partes. La posición de ventaja del proveedor se encuentra no en lo económico, sino en su posibilidad de acceso a la información, que es mucho mayor a la del consumidor.

Por ello compartimos el criterio adoptado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, la misma que al estudiar la problemática que se desarrolla en este complejo ámbito, descalifica las razones de desigualdad económica como fundamento de la existencia de un régimen especial de protección al consumidor. La protección al consumidor se basa, a criterio de la Sala, en la asimetría de información existente entre los proveedores y consumidores:[1385]

[1385] Estos lineamentos fueron establecidos por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en la Resolución N.º 101-96-TDC, Expediente N.º 102-

> Los problemas que esta legislación especial pretende enfrentar parten de la premisa que una categoría de agentes económicos —los proveedores— se encuentra en una posición ventajosa frente a la otra —los consumidores o usuarios—, como resultado de su capacidad para adquirir y procesar información, consecuencia a su experiencia en el mercado y a su situación frente al proceso productivo [...].
>
> Así, en suma, podría partirse del supuesto que los consumidores a los que la Ley pretende proteger, individualmente considerados, se encuentran en una posición desventajosa en relación a los proveedores de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Esta desventaja principalmente se traduce en un problema de costos en el acceso y procesamiento de determinada información relevante que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios.
>
> En este contexto, la protección al consumidor actúa en segmentos del mercado donde es común encontrar situaciones de asimetría informativa que éste no puede corregir de manera adecuada. Esto implica una actuación administrativa cautelosa que, sin generar distorsiones a los mecanismos de mercado, contribuya a un mejor funcionamiento del mismo.

Es criterio de ladoctrina que la situación descrita ha generado que nuestro ordenamiento jurídico haya dispuesto una serie de derechos a favor de los consumidores a fin de salvaguardar y tutelar sus intereses. Correlativamente, ha previsto un conjunto de obligaciones que tienen como destinatarios a los proveedores y distribuidores, de modo que se logre el objetivo perseguido por nuestra normativa.

Los derechos fundamentales y básicos de los consumidores se encuentran enunciados en el artículo 5 del Decreto Legislativo N.° 716:

95-C.P.C., del caso Cheenyi E.I.R.L. contra Kónica S.A., publicada el 1 de enero de 1997.

Artículo 5.- «En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a) derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física;

b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;

c) derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;

d) derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;[1386]

e) derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo;

[1386] Mediante Ley N.° 27049 se precisa que al establecer el inciso d) del artículo 5 del Decreto Legislativo N.° 716, que todos los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

f) derecho a ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita;

g) derecho, en toda operación de crédito, a efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día de pago, incluyéndose asimismo, los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes».

Como podemos observar, estos derechos pueden agruparse en el derecho de los consumidores a la salud y seguridad, a la información y al apoyo estatal.

Por un lado, el derecho a la salud y a la seguridad implica la garantía del consumidor a la incolumidad físico–psíquica, preservando su vida e integridad contra los accidentes de consumo. El derecho a la información, por su parte, es un derecho instrumental construido sobre la base de la desigualdad que se presenta en la relación de consumo, la misma que se busca combatir, a efectos de que el consumidor logre realizar una elección razonable. Por último, el derecho al apoyo estatal reconoce que el Estado —en tanto primer garante del respeto de los intereses tutelados de los consumidores— debe ejercer una función fiscalizadora, educadora y de promoción de la ley, y de garantía de los mecanismos efectivos y ágiles de tutela administrativa y judicial para defender los derechos de aquellos.

27.24.3. Responsabilidad derivada de la infracción de las normas de protección al consumidor

Lo expuesto hasta este punto permite percatarnos que las relaciones de consumo advierten la presencia del consumidor o usuario como un nuevo sujeto social, jurídico–económico que, por encontrarse en una relación jurídica de desigualdad, requiere de la intervención del

Estado en tales relaciones, a efectos de «equilibrar» la situación, por medio de todo un sistema normativo–valorativo, establecido por leyes de orden social.

Es criterio generalizado que resulta innegable que el desarrollo de la producción en masa de bienes y la diversificación de servicios, provocan abusos en contra del consumidor, por lo que se debe dar una efectiva protección de sus derechos, para que, además de hacer valer los derechos subjetivos de este nuevo sujeto social, se alcance la preservación del mercado teniendo en cuenta el interés social.

La intervención debe circunscribirse a un control sobre la calidad de los bienes o servicios ofertados, a fin de que se verifique el cabal cumplimiento de las normas de protección al consumidor en las cuales están contenidos sus derechos. Al mismo tiempo, deben preverse mecanismos adecuados a través de los cuales encuentren tutela los intereses del consumidor afectado.

En este sentido, observamos que la infracción de las normas esbozadas genera la posibilidad de que el consumidor o usuario afectado accione por intermedio de la vía administrativa. No obstante ello, dicho procedimiento no es la única alternativa con la que cuenta. Así, el consumidor o usuario puede, de llegar a concurrir los elementos configurativos de la responsabilidad civil en alguna de sus modalidades —contractual o extracontractual—, optar por la aplicación de dicha institución jurídica y obtener, de esta forma, el resarcimiento del daño injusto sufrido.[1387]

Son muchos los juristas que se han pronunciado sobre este tema, el mismo que cada vez cobra una mayor importancia. Se han realiza-

[1387] El artículo 39 del Decreto Legislativo N.º 716 señala expresamente que «Los proveedores que violen las normas establecidas en la presente ley serán sancionados administrativamente, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar».

do innumerables Congresos[1388] y Seminarios en los que se ha reflexionado sobre los diferentes supuestos que puede abarcar la res-

[1388] Destacan, en este punto, las Conclusiones del V° Congreso Internacional de Derechos de Daños celebrado en Buenos Aires en 1997:

1) La Economía y el Mercado, que también pertenecen al plano de lo humano, no pueden prevalecer sobre los principios del Derecho del Consumidor. Las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos son un marco de referencia del Sistema de Protección Jurídica del Consumidor.
2) Frente a los fenómenos de transnacionalización y globalización de la economía los consumidores se encuentran en un cuadro de situación de desprotección. Las políticas de desregulación desamparan a los consumidores, vulnerables en el mercado. Particularmente, a los consumidores sin información y con necesidades básicas insatisfechas.
3) Es imprescindible que las autoridades de control pongan efectivamente en actuación las normas vigentes sobre Derecho del Consumidor (arts. 42 y 43 C.N., Ley N.° 24240, etc.). Entre otros, los sistemas de educación al consumidor, fomento a las asociaciones de consumidores, facilitar el acceso a la justicia, supresión de preferencias y aquiescencia hacia las empresas privatizadas de servicios públicos.
4) Resulta conveniente dictar una legislación que establezca un mecanismo de financiamiento transparente y equitativo destinado a las entidades no gubernamentales que actúan en la defensa y educación de usuarios y consumidores.
5) No resulta técnicamente apropiado una aceptación irreflexiva de figuras contractuales que responden a una tipología proveniente de ámbitos jurídico culturales cuyas diferencias con aquellos a los que se pretenden traspolar pueden conducir al injusto desconocimiento de la identidad individual y colectiva. La teoría general del negocio jurídico se presenta como un leal instrumento metodológico y sustantivo para la defensa del individuo —vocación histórica del Derecho privado— a través de la reafirmación de su derecho subjetivo a una tipología contractual transparente e inequívoca.
6) Exigir a las autoridades que efectivicen la regulación de la Defensa del Consumidor en el Mercosur con el máximo de protección. Particularmente que se respete el compromiso de establecer no una uniformidad sino pautas mínimas. Recomendar que las representaciones ante el Comité Técnico de Defensa del Consumidor sean encomendadas a especialistas en la materia.
7) Recomendar que el Reglamento Común del Mercosur consagre los principios de buena fe y reconocimiento de vulnerabilidad del consumidor como pautas del sistema de protección.
8) La protección del consumidor, derecho fundamental del hombre y componente esencial de un mercado fuerte, justo y democrático, y preocupación de todos los pueblos civilizados, no se constituye en principio en barrera del comercio, pues no impide ni dificulta la libre circulación de productos o servicios. En ese sentido, un Reglamento Común en esta materia debe tener un carácter esencialmente minimalista y principista, no debe tener la pretensión de uniformar o excluir legislaciones nacionales vigentes. Por otra parte, debería tender a la plena consagración de las Directrices Generales de las Naciones Unidas del año 1985.
9) Los preceptos de protección al consumidor incorporados en la reforma constitucional (arts. 42 y 43) y las normas de la Ley N.° 24240, al hallarse comprometidos intereses difusos, resultan de orden público internacional.
10) Repudiar la propuesta de la representación argentina en el Comité Técnico de Defensa del Consumidor del Mercosur (no aceptada por Brasil, Paraguay y Uruguay) que pretende condicionar la aplicación del Reglamento Común para la defensa del consumidor (art. 3), a que el mismo no constituya obstáculo al proceso de integración, ni se convierta en barrera para el comercio.

ponsabilidad civil que se deriva de los daños sufridos por los consumidores.

A nuestro entender, el análisis de la responsabilidad —al suponer la aplicación de una serie de normas y principios a un caso concreto— debe tener como primera consideración la existencia de la desigualdad en el acceso a la información, lo que supone, al mismo tiempo, recordar que «La solución de los problemas de asimetría informativa implica identificar, dentro de las dos categorías de sujetos intervinientes en las relaciones comerciales, a la parte que se encuentra en mejor posición para conocer la información relevante o para tomar las precauciones que fuesen necesarias para reducir los riesgos involucrados en una relación comercial. Esto comprende los casos de ocultamiento o distorsión de información conocida o conocible por el proveedor que no es suministrada adecuadamente al consumidor; los casos de productos o servicios defectuosos en los que el consumidor no se encuentra en posibilidad de conocer y menos evitar que se presenten los defectos; o, los casos de incumplimiento o inejecución de obligaciones asumidas por no haber previsto mecanismos adecua-

dos, en base a la información disponible para el proveedor, para evitar dicho incumplimiento o inejecución».[1389]

Además del respeto y cumplimiento del derecho de información, deben tenerse en cuenta otros dos principios básicos: la idoneidad que los servicios o productos deben poseer de acuerdo a su naturaleza, y el derecho de no ser discriminado respecto de esos servicios y productos que se ofrecen en el mercado.

Ahora bien, por más que deseemos sintetizar en unas pocas líneas el tema de la responsabilidad civil derivada de la infracción de las normas de protección al consumidor, ello no sería más que un anhelo utópico. La complejidad del tema es enorme, por lo que los matices a los que se encuentra sometido cada posible supuesto, impiden evaluarlos de manera general y bajo la misma perspectiva.

No nos cabe duda que cada caso concreto merece un tratamiento que tome en cuenta las distintas características que se presenten en él. Si bien resulta posible reconocer ciertos patrones en dicha evaluación, estos no son uniformes en todas las situaciones. Nuevamente estamos frente a circunstancias que no permiten la aplicación de una única fórmula que abarque cada posible caso en el cual el consumidor se vea afectado injustamente. Es necesario, por ejemplo, examinar cuál es el factor de atribución aplicable a cada supuesto.

La relación de consumo implica, como hemos observado, la presencia de tres elementos —el consumidor, el proveedor y el acto de consumo— que no son sencillos de distinguir o delimitar con claridad, pues cada componente abarca, dentro de su definición, ciertos

[1389] Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en la Resolución N.º 101-96-TDC, Expediente N.º 102-95-C.P.C., del caso Cheenyi E.I.R.L. contra Kónica S.A., publicada el 1 de enero de 1997.

supuestos especiales que hacen imprescindible un examen detallado de los hechos que le sirven de contexto.

Es indispensable, entonces, identificar cada uno de estos tres elementos, pues solo así podremos precisar si se cometió o no una infracción a las normas de protección al consumidor,[1390] toda vez que nos permitirá determinar el tipo de relación existente entre la víctima del daño —consumidor— y el agente causante —proveedor—, lo que claramente tendrá incidencia en la naturaleza de la responsabilidad que pueda generarse. Por supuesto, la naturaleza de la norma violada también es un factor a considerar, lo mismo que el daño ocasionado con dicha violación.

En los próximos Capítulos centraremos nuestro análisis en algunos de los supuestos comprendidos dentro de esta problemática. Tal

[1390] La Ley de Protección al Consumidor señala, respecto a la responsabilidad, lo siguiente:
Artículo 41.- «Los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley. Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una Amonestación o con una Multa, hasta por un máximo de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de las medidas correctivas a que se refiere el artículo siguiente, que se dicten para revertir los efectos que las conductas infractoras hubieran ocasionado o para evitar que éstas se produzcan nuevamente en el futuro. La imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el párrafo precedente será determinada atendiendo a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. Las multas impuestas constituyen en su integridad recursos propios del INDECOPI, salvo por lo dispuesto en el artículo 45 de la presente Ley».
La responsabilidad a la que parece referirse esta norma es la administrativa. En todo caso, nos sirve para apreciar la lógica que sustenta nuestro ordenamiento en esta temática, en la que resulta claro que se busca brindar ciertas facilidades al consumidor o usuario.

estudio nos permitirá percibir las distintas lecturas a las que este tema puede dar lugar, de modo que logremos, una vez más, comprobar que la riqueza de la realidad convierte en estéril cualquier esfuerzo por encasillarla bajo un criterio único.

27.25. Responsabilidad civil por productos defectuosos: El vendedor no fabricante

La sociedad actual puede ser calificada, sin ninguna duda, como una sociedad de consumo, en la que todos nos encontramos inmersos. El mercado está, en este contexto, inundado de productos manufacturados. Si bien dichos productos representan una serie de beneficios que contribuyen a acentuar el desarrollo y bienestar general, muchas veces también implican la generación de una serie de daños que recaen en los usuarios o en terceros.

Estas situaciones —en las que una persona sufre un daño como consecuencia del consumo o la utilización de un producto elaborado industrialmente— cobran cada vez mayor relevancia, debido a los rasgos propios de la producción en serie que, pese a las medidas de control y seguridad de los procesos de elaboración, hacen difícil, si no imposible, evitar que lleguen al mercado bienes en condiciones no adecuadas para su uso.

La responsabilidad civil se presenta, en ese orden de ideas, como un tema ineludible, en tanto se percibe como un instrumento a través del cual el Derecho intenta tutelar adecuadamente los intereses que entran a tallar en supuestos de esta naturaleza en los que el daño sobrepasa lo socialmente tolerable, manifestándose, por el contrario, como un daño injusto.

Tal y como hemos planteado esta problemática, son varias las interrogantes que debemos resolver: ¿En qué casos estaremos frente a

un daño resarcible?, ¿a quién habrá que atribuir la responsabilidad?, y ¿bajo qué fundamentos de derecho podrá accionar la víctima?[1391]

En principio, debemos tener presente que el origen del daño no es siempre un defecto de fabricación, por lo que la responsabilidad que de estos se derive puede tener como sujeto imputable a persona distinta al fabricante. Debemos, por consiguiente, atender a los distintos roles que puede cumplir el proveedor para determinar, en el caso concreto, al agente causante y determinar asimismo su relación con la víctima. En este Capítulo, además de desarrollar algunas nociones generales que resultan útiles para entender los distintos supuestos comprendidos en dicha realidad, nos centraremos en la responsabilidad de los proveedores distintos del fabricante, que por su extensión y complejidad preferimos abordar en el siguiente Capítulo.

Igualmente, debemos considerar que los daños a los que hacemos referencia en este análisis no son aquellos que puedan experimentar los productos o bienes como objeto de la prestación, sino los que son susceptibles de ser ocasionados por aquellos productos o bienes a las personas o a otros bienes.

27.25.1. Elemento causante del daño

Como es evidente, nuestro análisis implica, en primer término, definir el objeto que causa el daño: el producto elaborado. Nuestra Ley de Protección al Consumidor, en su artículo 3, lo ha definido como cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.

[1391] Casiello, Juan José. «Responsabilidad civil por los productos elaborados (Con especial referencia a las conclusiones que sobre el tema elaboraron las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)». *Revista Argentina La Ley*. T. 1981-D., p. 1193.

En general, como indica Casiello,[1392] podemos afirmar que el término producto elaborado es tremendamente amplio. Puede, de este modo, albergar un sinfín de cosas de la más variada índole, cuyo rasgo común constituye ser el resultado de un proceso de elaboración generalmente realizado a nivel empresarial. Son, pues, los productos que salen de las fábricas destinados a ser utilizados o consumidos en forma directa por el público, ya a servir de instrumento para la fabricación de otros bienes.

La definición delineada es, a nuestro modo de ver, la más conveniente debido a su extensión, pues permite ampliar los supuestos en los que la responsabilidad civil puede actuar Al respecto, compartimos los comentarios vertidos por José Antonio Payet:[1393]

> Se ha visto la dificultad que existe para establecer con rigidez lo que constituye un producto para efectos de la responsabilidad civil. Ello se debe a que la realidad se resiste a ser encajonada en conceptos abstractos. Por otro lado, el avance tecnológico hace que día a día se creen nuevos productos y nuevas categorías de elementos se introduzcan al mercado, aumentando los riesgos para los usuarios y consumidores. No es conveniente, pues, establecer una rígida enumeración de lo que constituye un producto para efectos de la responsabilidad civil. Creemos que el concepto de producto debe ser un concepto amplio y abierto, que permita la labor creativa de la jurisprudencia, y no excluya artificialmente a las creaciones del ingenio del hombre [...].

Ahora bien, reducir nuestro análisis a la búsqueda del concepto de producto, resulta insuficiente en la medida que, en sentido estricto, el tema de la responsabilidad civil imputable al proveedor —en cualquiera de las facetas que este adopte— tiene como elemento causante al producto elaborado defectuoso, lo que, al mismo tiempo, convierte a este elemento en central dentro del examen de la responsabilidad civil derivada de los daños que puede sufrir el consumidor o usuario de ese producto.

[1392] Casiello, Juan José. *Op. cit.*, p. 1193.

[1393] Payet, José Antonio. *La responsabilidad por productos defectuosos.* Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, tomo II, p. 685.

La directiva del Consejo de las Comunidades Europeas nos acerca a este concepto en su artículo 6, en el cual se establecen algunos criterios que debemos tomar como base:[1394]

1. Un producto es defectuoso cuando el mismo no ofrece la seguridad a la cual no puede legítimamente esperarse teniendo en cuenta todas las circunstancias, y principalmente las que siguen: La presentación del producto; el uso del producto que razonablemente puede esperarse; y el momento de la puesta en circulación del producto.

2. Un producto no puede ser considerado como defectuoso por el solo hecho que un producto más perfeccionado haya sido puesto posteriormente en circulación.

Si bien se ha criticado esta definición, aduciendo que en la misma no se ha realizado la necesaria distinción entre un producto defectuoso y uno peligroso por su propia naturaleza, consideramos tal argumento como artificial. Estamos convencidos de que la noción de «defectuosidad» es lo suficientemente amplia como para abarcar ambos supuestos. De esta manera, no creemos que deba distinguirse entre las cosas intrínsecamente peligrosas y aquellas que lo sean en razón de sus defectos o imperfecciones. Más correcto nos parece distin-

[1394] Andorno, Luis O. «Responsabilidad por los Productos Defectuosos (La Directiva de las Comunidades Europeas vista desde la República Argentina)». *Revista Argentina La Ley* T. 1986-E, p. 948.

guir, dentro de la categoría de productos defectuosos, la naturaleza de los vicios que originan dichos defectos.[1395]

Siguiendo a un sector de la doctrina, podemos advertir la existencia de productos con vicios de fabricación, con vicios de construcción y con defectos de instrucción:[1396]

- Los defectos de fabricación son estadísticamente previsibles y relativamente inevitables, en tanto se enmarcan dentro del margen de riesgo de toda actividad productiva. Estos defectos aparecen de forma aislada en algunos de los ejemplares de una serie por lo demás perfectamente regular, ya sea por falla de alguna máquina o de algún obrero.

- Los defectos de construcción, por otro lado, son aquellos que afectan la totalidad de una producción o, por lo menos, a todos los ejemplares de una o varias series productivas. Generalmente, estos vicios acontecen por un error incurrido al proyectarse el producto, o en la fase de su realización, o incluso de su distribución, si no se lo prepara adecuadamente para el comercio al que está destinado, por falta de los envoltorios protectores necesarios para impedir una contaminación exterior, etc.

- Los defectos de instrucción se vinculan con el mal cumplimiento de un deber accesorio del fabricante, esto es, el de informar debidamente sobre las características del producto y su potencial peligrosidad en determinadas circunstancias o con relación a ciertas modalidades de uso o condiciones del usuario.

[1395] *Idem.*

[1396] Trigo Represas, Félix A. «La Responsabilidad Civil del Fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil». *Revista Argentina La Ley* T. 1982-B, p. 666.

Coincide la doctrina en señalar que las categorías descritas con relación al vicio del producto presentan, como puede percibirse, un rasgo común: En los tres supuestos el defecto o vicio convierte la cosa en peligrosa para el consumidor o usuario, de donde se sigue que la noción de defectuosidad se encuentra intrínsecamente ligada a la noción de peligrosidad y de riesgo.

En opinión de Fernando de Trazegnies:[1397]

> Está en la naturaleza del defecto el hecho de ser riesgoso o peligroso: todo defecto es una fuente potencial de daños, es decir, es capaz de generar riesgos. Si no los genera, los daños no se producirán y no tenemos que preocuparnos al respecto. Pero si el daño se produce a consecuencia de un defecto, entonces es que el defecto origina una contingencia o proximidad del daño; y esta es precisamente la definición de riesgo que da el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*. Por consiguiente, un producto defectuoso es un bien riesgoso.

Podemos afirmar, en consecuencia, que un producto puede calificarse de defectuoso solo cuando su defecto es tal que su utilización por el usuario resulta peligrosa.

La peligrosidad no debe examinarse en abstracto sino con relación al criterio de la razonabilidad; de donde se sigue que, para ser considerado como elemento causante de un daño injusto, el objeto debe ser más peligroso de lo que podía haber previsto el consumidor razonable, quien lo compra con el normal conocimiento que tienen los miembros de su comunidad con respecto a las características del artículo.[1398]

[1397] De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo II, p. 312.

[1398] Debemos tener cuidado de no confundir la previsión del consumidor razonable con sus expectativas. Mientras lo primero sirve como un criterio que nos ayuda a determi-

La conclusión anterior nos permite recurrir al sistema del *common law,* en el cual se sostiene que un producto se encuentra en condiciones deficientes cuando crea riesgos con un uso o consumo normal. Los tribunales norteamericanos han asimilado un concepto amplio de «defecto», a fin de permitir que la jurisprudencia pueda desarrollarse a la par de los avances tecnológicos y de las expectativas legítimas de la sociedad, así como de sus cambiantes nociones de justicia. En este orden de ideas, en el sistema del *common law* se maneja el significado de «defecto» en diversas categorías, las mismas que resultan tanto útiles como ilustrativas:[1399]

- Productos que como tales son peligrosos para su utilización o uso normales.
- Productos que son peligrosos por causa de un diseño o composición deficiente.
- Productos que son peligrosos por razón del proceso de fabricación.
- Productos que no son defectuosos de por sí, pero que pueden serlo sin las debidas instrucciones o advertencias.
- Productos que son considerados inocuos de acuerdo a los conocimientos vigentes al tiempo de su salida al mercado, pero que se convierten en peligrosos sobre la base de descubrimientos científicos posteriores.
- Productos inevitablemente peligrosos.

nar si existe o no responsabilidad del proveedor, el segundo no puede ser considerado como un patrón adecuado para medir la defectuosidad. Esto, pues hacerlo llevaría a medir la seguridad del producto según la costumbre del mercado, lo que no necesariamente tiene relación con las medidas que resultan económica y tecnológicamente factibles. Asimismo, seguir un parámetro como el planteado puede suponer el dejar de considerar los beneficios que proporciona el producto, toda vez que se coloca una excesiva carga en el consumidor o usuario que debe probar que no actuó con culpa.

[1399] Millner, Maurice Alfred. «La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del common law». *Revista Argentina La Ley* T. 143 (julio–septiembre 1971), p. 864.

A entender de la doctrina lo expresado permite afirmar que, al igual que el concepto de producto, el concepto de defecto no puede ser fijado de manera categórica, pues sus caracteres y determinación dependen de una serie de factores que se encuentran ligados al contexto en el que se adscribe, tales como la sociedad en cuestión y el producto concreto. Es imposible, por ende, alcanzar una definición que logre abarcar las variadas hipótesis de defectuosidad que pueden llegar a materializarse.

Así, se entiende que queda claro que las líneas generales del concepto de defecto no pueden ser establecidas de forma absoluta, sino más bien en relación con un lugar y tiempo determinados. La valoración del carácter defectuoso de un producto no puede ser, entonces, subjetiva, pues las normas imperativas para la elaboración y comercialización del producto sirven de parámetro para establecer la seguridad que cabría esperar legítimamente.

A ello debemos añadir que el producto debe ser defectuoso para cualquier usuario, puesto que otro rasgo de la defectuosidad es, justamente, su generalidad.[1400]

27.25.2. La causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos

Cuando nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad por productos defectuosos, la relación de causalidad no se reduce al

[1400] De La Vega García, Fernando. *Responsabilidad Civil Derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil.* Madrid: Civitas, 1998, pp. 87 y 88.

examen de la vinculación entre el actuar del agente y el daño sufrido por la víctima, sino que adquiere matices adicionales que hacen más rico y complejo el tema. Las palabras de Payet[1401] resultan ilustrativas sobre el particular:

> En efecto, en el centro de la hipótesis de hecho de la responsabilidad por productos se encuentra el producto defectuoso, como conducto a través del cual se genera el daño. Así, entre la acción del responsable y el daño sufrido por la víctima, está el producto defectuoso, mediante el cual se desplaza el efecto dañoso. De este modo, típicamente, causará un defecto en el producto, y este defecto, en el momento del uso o consumo del producto ocasionará, a su vez, el daño.

Así, se entiende que entre el daño que se causa y el producto defectuoso debe existir una relación de causalidad que comprende dos clases de vínculos que no se pueden desligar: el vínculo existente entre el daño y el producto, y el vínculo existente entre el daño y el defecto.

De lo que se sigue que no es suficiente probar que el daño se produjo como resultado del uso o consumo del bien. Es necesario que la lesión derive de la defectuosidad del producto.

Asimismo, la doctrina enseña que la relación de causalidad implica que ese defecto que generó el daño pueda ser reconducido a la esfera del proveedor. Esto significa que se debe demostrar que cuando el producto salió del ámbito de control del demandado, ya tenía el defecto que luego dio lugar al daño. Por supuesto que tal demostración es susceptible de generar más de un problema, que podría partir de la presencia de causas alternativas.

[1401] Payet, José Antonio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 854 y 855.

La jurisprudencia estadounidense ha establecido ciertos criterios que resultan bastante útiles en lo que respecta a la apreciación de la evidencia circunstancial. De este modo, ha señalado que generalmente deberá considerarse establecida la relación causal entre el demandado y el defecto, si se prueba este último y se presenta evidencia que conduzca a una convicción razonable de que no existió una causa alternativa de la defectuosidad del producto.[1402]

El INDECOPI se ha pronunciado sobre el tema de la carga de la prueba en más de una ocasión, estableciendo así jurisprudencia de observancia obligatoria cuyas pautas resultan aplicables en la medida que permiten una evaluación adecuada de la responsabilidad civil del proveedor. En sus resoluciones[1403] el Tribunal de INDECOPI ha tomado como base la noción de la «garantía a favor del consumidor o usuario»[1404] que acompaña a las relaciones de consumo, la variedad de factores que pueden dar origen al defecto del producto, y las facilidades que debe otorgársele al consumidor debido a la asimetría que

---

[1402] Payet, José Antonio. *Op. cit.*, tomo II, p. 865.

[1403] En estas resoluciones debemos tomar en cuenta que en el caso específico de la responsabilidad civil es necesario comprender la noción de idoneidad ligada a la idea de seguridad del producto.

[1404] La garantía a favor del consumidor se clasifica en tres modalidades que se encuentran respaldadas por la Ley de Protección al Consumidor y por lo expuesto por INDECOPI en sus diversas resoluciones de observancia obligatoria:

- La garantía implícita es la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables.
- La garantía expresa se refiere a los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor, que siendo conocidos o conocibles por el consumidor razonable utilizando su diligencia ordinaria excluyen la garantía implícita.
- La garantía legal es aquella establecida expresamente en la Ley; es decir, no es la que el proveedor determina ni la que el consumidor razonable espera, sino la que manda la ley.

posee una relación de consumo en la que el proveedor cuenta con ventajas que tiene como eje central el acceso a la información.[1405]

Tenemos, entonces, que la Resolución N.º 085-96- TDC[1406] señala lo siguiente:

> El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable. Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido.
>
> Por lo expuesto anteriormente, y atendiendo a que cada una de las partes responsabiliza a la otra por el deterioro del zapato, debe determinarse si existe un hecho o acto que pueda invocarse como fractura del nexo de causalidad entre la fabricación y el defecto.
>
> Esto implica, a su vez, determinar quién soporta la carga de la prueba respecto a si la causa del defecto fue o no las condiciones (sic) en las cuales el bien fue fabricado. Para este problema existe (sic) sólo dos posibles soluciones. La primera es que la carga de la prueba recaiga en el denunciante, esto es en el consumidor, quien tendría que demostrar para estos efectos que el defecto se originó en la fabricación, manipuleo o comercialización del producto por el proveedor. La segunda es que dicha carga recaiga en el proveedor, quien tendría que demostrar que él no ocasionó el defecto sea demostrando que existió otra causa distinta, o sea demostrando que el tipo de falla o defecto no puede ser atribuida a la fabricación, manipuleo o comercialización del bien.

[1405] Cabe destacar —como lo hace la doctrina— que si bien en las resoluciones se habla de responsabilidad objetiva, la misma está referida a las facilidades probatorias que se le otorgan al consumidor y que implican una carga para el proveedor.

[1406] Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, publicada el 30 de noviembre de 1996: Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L.

> La Sala se inclina por la segunda de las posibilidades. De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.
>
> Dentro de estos alcances, la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquel que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real (sic).
>
> Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.

De manera similar, en la Resolución Nº 0277-1999/TDC-INDECOPI[1407] se discute a quién corresponde la carga de la prueba, toda vez que admite la posibilidad de que el defecto se deba a diversos factores, lo cual no se puede determinar *a priori:*

> Asimismo, se ha especificado que el hecho de que la ley contenga una garantía implícita y objetiva a favor de los consumidores, no significa

[1407] Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, publicada el 18 de diciembre de 1996: Procedimiento seguido De Oficio contra Smithkline Beecham I.A.C. y Laboratorios Industriales Hersil S.A.

que el proveedor tenga siempre que responder en todos los casos en que el producto o el servicio no resulten idóneos para la finalidad a la cual están destinados. Para que la responsabilidad se traslade al proveedor y surja para éste la obligación de responder frente al consumidor, es necesario que exista una relación de causalidad entre su conducta y la falta de idoneidad en el bien o servicio. En efecto, la garantía implícita y objetiva, no convierte al proveedor siempre en responsable, pues podría suceder que la falta de idoneidad en el bien o servicio materia de comercialización haya sido causada por un factor diferente, como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las que, obviamente, el proveedor no puede ser considerado como responsable de lo ocurrido.

Es importante destacar que el supuesto de responsabilidad objetiva en la actuación del proveedor, impone a éste la carga procesal de probar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o el servicio prestado, pudiendo por ejemplo, acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de la responsabilidad.

Así, corresponde al consumidor, y en su caso a la Comisión, acreditar la existencia de un defecto en el producto. Acreditado dicho defecto, se invierte la carga de la prueba, debiendo el proveedor acreditar que el defecto no le es imputable, es decir, no es un defecto incorporado al producto como consecuencia del proceso de fabricación, envasado, producción, conservación, u otras actividades involucradas en poner el producto al alcance del consumidor. Asimismo, deberá probar que el defecto no fue ocasionado por deficiencias u omisiones en la información proporcionada al consumidor para su conservación, uso, disfrute o consumo.

Nuestra exposición sobre la relación de causalidad y la prueba de la misma no puede estar completa si no mencionáramos la necesidad de que aquella relación no solo sea causal sino también adecuada. Tal y como hemos podido apreciar en las resoluciones citadas, solo podremos hablar de responsabilidad en los casos en los que exista una relación causal adecuada, pues esta se presenta como un elemento configurativo esencial de dicha institución jurídica.

Nos adscribimos, de esta forma, a los argumentos que sobre esta problemática ha esgrimido Payet.[1408] El citado autor asegura que la defectuosidad de un producto, se determina por un balance de los riesgos y beneficios derivados del mismo. Los riesgos a considerar, para el efecto, son los que resulten del uso o consumo, generalmente previsible, del producto. Ahora bien, determinada la defectuosidad, según el criterio indicado, ante una hipótesis concreta de daños debe examinarse la relación de causalidad entre la puesta en circulación del producto defectuoso y los daños efectivamente ocurridos en el caso concreto. La adecuación de estos respecto de aquella es cuestión distinta de la defectuosidad. Para examinar la adecuación debe hacerse un nuevo juicio de previsibilidad, esta vez entre el daño efectivamente resultante y el producto defectuoso. Si el daño es de un tipo que generalmente podría esperarse del defecto, habrá relación de causalidad adecuada. Si el defecto resulta generalmente indiferente para aumentar el riesgo de daños del tipo en cuestión, no habrá causalidad adecuada. Al igual que el juicio de defectuosidad, los jueces cuentan con un amplio margen de apreciación prudencial de la evidencia.

27.25.3. Determinación del sujeto responsable: El vendedor no fabricante

Otro punto de gran relevancia en cualquier evaluación de supuestos en los que se ha causado un daño injusto que da nacimiento a la obligación de indemnizar, es la determinación del sujeto sobre el que recae dicha obligación, esto es, el sujeto responsable.

Como mencionamos en el capítulo anterior, el mundo moderno se caracteriza por la complejidad de las relaciones de consumo. El proceso de producción y distribución de bienes ya no constituye un hecho unitario, sino que involucra diversos sujetos y actividades.[1409]

[1408] Payet, José Antonio. *Op. cit.*, tomo II, p. 867.
[1409] Payet, José Antonio. *Op. cit.*, tomo II, p. 883.

El proveedor, agente del daño, puede adoptar distintos roles en la cadena de producción y consumo: desde fabricante hasta un simple vendedor o distribuidor.

La responsabilidad del distribuidor o vendedor no fabricante se muestra, en este contexto, como un tema bastante interesante.[1410] El mismo se presenta como centro de diversos debates en los que se discuten distintos aspectos de aquella responsabilidad. Incluso se ha llegado a cuestionar su procedencia por medio de diferentes planteamientos.

Uno de estos planteamientos señala que la responsabilidad civil derivada de productos defectuosos puede recaer en cualquiera de los sujetos que participan de la relación de consumo como proveedores. Por otro lado, algunos se han pronunciado a favor de una postura distinta que considera que los vendedores solo deben responder cuando incurran en culpa. Además de las tesis delineadas ha surgido una tercera que pretende consagrar la responsabilidad objetiva del vendedor solo en los casos en que no sea posible o sea muy dificultoso para el consumidor, obtener una indemnización del fabricante.[1411]

Por nuestra parte, compartiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, somos de la idea que efectivamente existe la necesidad de que la responsabilidad no se restrinja al fabricante, sino que alcance también al vendedor o distribuidor. La economía contemporánea nos demuestra, día a día, que una solución contraria equivale a un absurdo. Hoy los productos manufacturados llegan al gran público por medio de diversos canales de distribución y comercialización, al punto que la venta realizada directamente por el fabricante constituye ex-

[1410] La responsabilidad civil del fabricante no es materia del presente Capítulo.
[1411] Payet, José Antonio. *Op. cit.*, tomo II, p. 888.

cepción a una regla que impone la posibilidad de accionar contra el distribuidor.

Si observamos el supuesto a la luz de nuestra legislación y tomando como marco las nociones desarrolladas tanto en este Capítulo como en el precedente, consideramos que la acción del consumidor o usuario debe admitirse. En principio, podemos decir que la responsabilidad es contractual, pues se sustenta en la de un contrato de compraventa celebrado entre el consumidor y el vendedor.

Siguiendo a De Trazegnies,[1412] el vendedor respondería en esta situación por los daños y perjuicios que hubiera causado por dolo o culpa respecto de la existencia del vicio o defecto. Bastaría culpa leve, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil de 1984. Por ende, el vendedor no fabricante respondería si:

- Conocía la existencia del defecto y le vendió así el producto a la víctima con el propósito de que le causara daño (dolo).
- Conocía la existencia del defecto y, pese a no tener la intención de causar daño a la víctima, le vendió el producto sin importarle las posibles consecuencias (culpa inexcusable).
- No conocía la existencia del defecto, pero no adoptó las precauciones más elementales (culpa grave).
- No conocía la existencia del defecto porque no adoptó las medidas que todo comerciante prudente habría tomado para verificar el producto, considerando la idiosincrasia del medio y los usos y costumbres del negocio (culpa leve).

Si nos detenemos un momento en cada supuesto, podemos percibir que ellos implican una violación de las obligaciones a las que se

[1412] De Trazegnies Granda, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual. Op. cit.*, tomo II, pp. 319 y 320.

encuentran sometidos los proveedores, según nuestra Ley de Protección al Consumidor, por lo que el dolo o la culpa se presumen al configurarse el hecho.

Ahora bien, es necesario que en nuestra evaluación tengamos en cuenta que normalmente el vendedor o comerciante desconoce los procesos de fabricación, limitándose a recibir y entregar el producto. Incluso, en ocasiones, el producto se encuentra sellado herméticamente. Ante circunstancias como la descrita, si el producto causare un daño, no creemos que se pueda fundar una acción en contra del vendedor, en la medida que la obligación de garantía, en esos supuestos específicos, no la asume aquel, sino la asume el fabricante.

Ello trae como consecuencia lógica la posibilidad de afirmar que el vendedor no fabricante cuenta con causales de exoneración que le permiten liberarse de la responsabilidad. A esa misma conclusión se arribó en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Argentina, en las cuales se estableció que el proveedor no fabricante se exonera si se reúnen, de manera conjunta, cuatro requisitos mínimos:

- El vicio que determina el defecto del producto es un vicio de fabricación.
- El vendedor no tenía ni debía tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión.
- Le era imposible controlar la calidad del producto.
- No asumió personalmente la garantía.

Esta tesis es compartida por prestigiosos juristas, entre quienes podemos nombrar a Félix A. Trigo Represas.[1413] El citado tratadista señala que la acción de daños y perjuicios se encuentra supeditada a la circunstancia de que el vendedor no fabricante hubiese conocido o debido conocer, por razón de su oficio, los vicios y defectos ocultos de la cosa vendida.

[1413] Trigo Represas, Félix A. «La Responsabilidad Civil del Fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil». *Op. cit.*, p. 683.

Resulta evidente, además, que el vendedor no es responsable cuando ha entregado un producto en buenas condiciones, y luego, por trato deficiente u otros motivos, el producto adquiere algún defecto. Un supuesto como el que se plantea, implica la ruptura del nexo causal y con ello la imposibilidad de que se llegue a configurar la responsabilidad civil del proveedor.

Debemos, asimismo, subrayar que la responsabilidad del vendedor no se funda en la garantía que debe el vendedor por los vicios ocultos de la cosa existentes al tiempo de la adquisición, que la hacen impropia para su finalidad y que de haberlos conocido el comprador no habría celebrado el contrato o habría dado menos por ella. Tal y como informa Jorge Bustamante Alsina,[1414] «La acción se origina en la obligación de seguridad que se halla implícita en el contrato de compraventa. En efecto, el vendedor o proveedor del producto que vende habitualmente[1415] mercaderías de un ramo determinado del comercio, asume una obligación de seguridad o garantía de que la cosa vendida no causará daño al comprador o a sus bienes, por causa de defectos o vicios que la tornen nociva».

[1414] Bustamante Alsina, Jorge. «Responsabilidad civil por productos elaborados en el Derecho Civil Argentino». *Revista Argentina La Ley* T. 143 (julio-septiembre 1971), p. 871.

[1415] Reiterando lo anotado en el Capítulo anterior, lo analizado no se aplica a los vendedores ocasionales.

La referida obligación de garantía se traduce, tal y como se aprecia, en asegurar, al menos, la inocuidad del producto elaborado. Esta garantía objetiviza, de alguna u otra forma, la responsabilidad, brindándole ciertas facilidades al consumidor.

27.25.4. Algunos comentarios finales

Convenimos en que la finalidad que debemos perseguir respecto a la responsabilidad civil es la de alcanzar el sistema idóneo que permita indemnizar de la mejor manera a las víctimas por los daños sufridos a causa de productos defectuosos y mejorar la calidad de los productos, sin que ello signifique frenar la capacidad innovadora de la industria.

En ese sentido, estamos de acuerdo con la cada vez mayor objetivación que este tipo específico de responsabilidad está sufriendo. La jurisprudencia de los Estados Unidos de América representa ese cambio como principal abanderada, en tanto ha asumido la responsabilidad objetiva como eje y centro de su sistema —sin duda, guiada por las características de su industria y de su economía—.

Como indica Maurice Alfred Millner:[1416]

> Cualquiera que sea la doctrina, la justificación para adoptar la teoría de la responsabilidad objetiva ha sido que el vendedor al comercializar su producto para el uso y el consumo, ha asumido una responsabilidad especial hacia todos y cada uno de los miembros del público consumidor que pueden ser perjudicados por aquél; que el público tiene derecho a una legítima expectativa, en el caso de productos que necesita y para los que está forzado a confiar en el vendedor y creer que vendedores de reputación responderán por sus productos; que razones de interés público requieren que la carga por daños accidentales causados por productos

[1416] Millner, Maurice Alfred. *La Responsabilidad Civil por Productos Elaborados en el Sistema del common law. Op. cit.*, pp. 863 y 864.

> destinados al consumo, sea colocada en aquellos que los comercialicen y que sean tratados como un costo de producción por el que pueda obtenerse algún seguro de responsabilidad; que el consumidor de dichos productos tiene derecho al máximo de protección por parte de alguien, y que las personas apropiadas para soportarlo son aquellas que comercializan los productos.

27.26. Responsabilidad civil por daños causados por productos farmacéuticos y medicinales

Señala la doctrina que los problemas que se plantean en torno de la producción y el consumo en masa son —como hemos podido advertir en los últimos capítulos— diversos y complejos. Las situaciones que pueden desencadenarse como consecuencia de la infracción de las normas de protección al consumidor implican, muchas veces, la imputación de responsabilidad civil a distintas esferas jurídicas, dependiendo del caso concreto y las relaciones que en tal supuesto se hayan configurado.

No cabe duda de que uno de los tantos efectos de la Revolución Industrial ha sido la gran expansión de la fabricación y colocación en masa de bienes de uso o de consumo, creando un fenómeno que va más allá del ámbito exclusivo de los juristas, en tanto abarca aspectos y cuestiones políticas, económicas y sociológicas. Dicha expansión también se manifiesta en la forma como se han acrecentado proporcionalmente los daños que sufren los consumidores o usuarios.

De esta manera, si bien la industrialización y los avances tecnológicos representan dos de los factores más relevantes dentro de la ecuación del progreso social, ellos han significado, asimismo, un aumento del poder nocivo del hombre.

Dentro de este esquema encontramos a los medicamentos o productos farmacéuticos en general, los cuales, innegablemente, se muestran como decisivos progresos en el tratamiento de enfermedades, al

punto que hoy es casi imposible concebir terapias que no incluyan estas sustancias. El escenario en el que se mueven se encuentra dibujado por la producción, por la venta y por la prescripción masiva. La imagen de aquel galeno que preparaba la poción de medicina para cada paciente ha quedado prácticamente en el olvido. La realidad actual presenta una diferenciación de campos entre los prestadores del servicio —laboratorios, médicos, farmacéuticos, publicistas y distribuidores— y sus consumidores.[1417]

En ese sentido, la cuestión principal consiste en identificar a los diferentes protagonistas que forman parte de la relación de consumo, para así determinar qué daños produce cada uno, por qué causas y cuáles son los instrumentos de prevención y reparación que pueden aplicarse.

Debemos tomar como punto inicial de nuestro análisis la certeza de que los medicamentos, a diferencia de otros bienes de consumo, tienen relación directa con la salud y la vida de las personas y, por lo tanto, deben promocionarse en condiciones de estricto rigor científico y ético que garanticen una información fiable para los consumidores. De igual modo, debemos tener presente las distintas consideraciones que hemos desarrollado en Capítulos precedentes, que constituyen el marco de este estudio; en especial en lo concerniente al objeto que causa el daño, esto es, el producto defectuoso, así como en lo que respecta a la relación de causalidad y a la carga de la prueba.

27.26.1. Nociones generales

Con estas premisas podemos iniciar nuestro examen, advirtiendo que, en principio, en el caso de los fármacos —como es evidente—

[1417] Lorenzetti, Ricardo Luis. «Medicamentos y responsabilidad civil». *Revista Argentina La Ley*. T. 1989-D., p. 961.

la importancia de la calidad del producto y la ausencia de defectos que creen o incrementen los riesgos en su uso o consumo, se encuentra directamente relacionado con la salvaguarda de la salud[1418] y la se-

[1418] «El derecho a la salud constituye, como todos sabemos, un derecho fundamental que goza de reconocimiento jurídico internacional. Si bien la Carta de las Naciones Unidas elevó los derechos humanos al plano internacional, es la Declaración Universal de Derechos Humanos la que constituye la primera verdadera proclamación de derechos individuales llevada a cabo por un organismo internacional de carácter mundial. La Declaración establece, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física, al trabajo y a la seguridad social. El derecho a la salud está expresamente reconocido en el artículo 25 al establecer que 'Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (...).'
Dentro del sistema de las Naciones Unidas, los mecanismos establecidos por las Agencias Especializadas tales como la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, vienen realizando una gran labor y considerable esfuerzo en pro de la salud mundial de la población. No obstante, es necesario tener en cuenta que son los propios gobiernos los responsables del cumplimiento de los tratados y convenios internacionales en materia de salud mediante su reconocimiento constitucional y desarrollo posterior, debiendo además establecer los mecanismos adecuados para que la protección de la salud pueda llevarse a cabo. Esta responsabilidad es reconocida expresamente en la parte introductoria de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) al señalar que 'Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas'. Indudablemente no es posible garantizar ni la salud perfecta ni la observancia del derecho a la salud como tal. En consecuencia, sería tal vez más apropiado hablar del derecho a la atención de la salud. [...].'
Conforme a la orientación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud debe ser definida en su sentido más amplio teniendo en cuenta además de todos los factores, el medio físico y social que influyen en la salud y el bienestar. Las constituciones políticas de la mayoría de los países del hemisferio reconocen el derecho a la protección a la salud. Este reconocimiento constitucional exige, además, el desarrollo del derecho a la protección de la salud a través de una legislación adecuada y reglamentos específicos en la materia». (Presentado por Heidi V. Jiménez —Asesor Jurídico. Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud— en

guridad del consumidor. Esto impone que la fabricación de medicamentos implique una responsabilidad muy alta en lo atinente a medidas de seguridad en su elaboración, distribución y comercialización.

27.26.1.1. El elemento causante del daño y la relación de causalidad

En este punto remitimos al lector a lo analizado anteriormente.

Por ende, siguiendo ese razonamiento, podemos deducir con facilidad que el elemento causante del daño en los casos que se insertan dentro del ámbito de nuestro estudio, es el medicamento o producto farmacéutico que adolece de algún vicio que lo convierte en defectuoso. El defecto puede ser de fabricación, de diseño o de instrucción, y constituye la causa del daño que sufre el consumidor.

El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines[1419] define al «medicamento» como aquel preparado farmacéutico obtenido a partir de uno o más principios activos, que puede o no contener excipientes, que es presentado bajo una forma farmacéutica definida, y dosificado y empleado con fines terapéuticos.

De forma más general, podemos definir como medicamento a toda sustancia curativa que, de acuerdo a los criterios de la Organización Mundial de la Salud, siempre se usa en beneficio del individuo.

Como ya lo hemos expresado, en casos como este, que se ubican dentro de la relación de consumo, la demostración del nexo causal implica, simplemente, que la víctima pruebe la relación existente entre el daño que ha sufrido y el defecto del producto. Demostrado

el Congreso Internacional de las Ciencias Forenses (Forense '97), 6 al 11 de octubre de 1997, La Habana, Cuba).

[1419] Decreto Supremo N.° 010-97-SA.

aquello, se presume la adecuación, invirtiéndose la carga de la prueba, de manera que el presunto responsable debe demostrar la ruptura para eximirse.

27.26.1.2. El daño resarcible

Sin perjuicio de lo expresado, resulta pertinente revisar los motivos por los cuales el uso o consumo de los medicamentos pueden provocar daños. Estos motivos son variados:[1420]

a. Alergia o reacción anormal por parte del paciente.

b. Efectos colaterales o reacciones adversas reconocidas.

c. Efectos colaterales o reacciones adversas no conocidas.

d. Mal uso, que puede ser deliberado por incomprensión de las instrucciones, por instrucciones mal dadas o por el uso de un producto inadecuado, debido a una medicación incorrecta.

e. Por una mala administración del medicamento.

f. Defecto de fabricación del medicamento o de su envase, o el uso de un envase inapropiado.

g. Almacenamiento defectuoso que implica el deterioro del medicamento.

h. Uso del medicamento vencido.

i. Por la interacción entre dos o más medicamentos tomados por el paciente.

[1420] Destri, César H. «La responsabilidad civil por los productos elaborados en la industria farmacéutica». *Revista Argentina La Ley*, T. 1984-C, p. 822.

j. Por la interacción entre el medicamento y comidas ingeridas por el paciente.

k. Por la interacción entre el medicamento y cosméticos usados por el paciente.

l. Por la interacción entre el medicamento y un factor externo.

m. Como resultado de algunos componentes activos del medicamento utilizado en un tratamiento prolongado.

Indica la doctrina consultada que en el supuesto que el consumidor del producto farmacéutico defectuoso se encuentre en estado de gestación, es posible que los efectos dañinos no solo recaigan en aquel sino también —o incluso únicamente— en el feto. Es posible, además, que los daños no se observen inmediatamente sino que se manifiesten en la etapa del desarrollo del niño, lo que conllevará mayores dificultades probatorias a la hora de establecer el nexo causal. Inclusive, existe la posibilidad que la administración de un medicamento pueda causar daños a generaciones posteriores.

Como hemos manifestado oportunamente, los daños que se pueden derivar de aquellas situaciones afectan la salud y la seguridad del consumidor. No obstante, esto no supone afirmar que en todos los casos el perjudicado cuenta con la posibilidad de exigir una reparación. El panorama es demasiado complejo y, por ende, es absurdo admitir la procedencia de la indemnización cada vez que el consumidor sufra un daño como consecuencia del consumo de algún medicamento.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que no todos los daños son resarcibles, sino únicamente los daños injustos. Recordemos que un daño injusto es aquel al que el Derecho califica como un contravalor, que implica una alteración desfavorable de la realidad preexistente a su acontecer. Sin embargo, la convivencia pacífica impone la

necesidad de soportar ciertas conductas dañosas, algunas de las cuales se encuentran justificadas. Es de esta forma que el Derecho común legitima los daños que resultan del ejercicio regular de un derecho; excluye el resarcimiento de otros; suele exigir factores de atribución especiales para darle lugar; y, asimismo, no le es extraño ponderar la situación particular del llamado a responder, y la de quien se dice damnificado.[1421]

Según calificada doctrina, de este modo, en ocasiones, cuando los beneficios son mayores que los costos, se determina que el daño es aceptable, considerándose a los efectos dañinos como socialmente tolerables. De aquí que cuando hablamos de daños pasibles de ser resarcidos mediante la aplicación de las normas pertinentes de responsabilidad civil, solo debemos considerar a aquellos supuestos en que se hayan sobrepasado los límites tolerables y, por consiguiente, los daños no han sido asumidos como riesgos o costos sociales.

Los daños que se derivan de algún defecto del producto se ubican, como es obvio, dentro de la categoría de daños injustos, en la medida que parten de situaciones y circunstancias que el Derecho no tolera y, por el contrario, trata de evitar.

27.26.1.3. Agentes del daño: Los responsables

Como consecuencia de lo expresado, debe considerarse que la breve reseña elaborada respecto de algunas de las causas que pueden originar un daño por el uso de medicamentos no solo se fundan en la culpa del fabricante. Hemos podido apreciar, en efecto, que algunos daños se originan en la deficiente prescripción médica o en el mal cumplimiento de la misma; otras veces, en cambio, provienen de

[1421] Alterini, Atilio A. y Roberto M. López Cabana. *Derechos de daños y otros estudios. Op. cit.*, p. 244.

errores o negligencias de los auxiliares de la medicina, en la distribución de los medicamentos, e incluso en factores externos a estos.[1422]

A decir de Santana y Cané,[1423] «Se advierte hoy, que con la dinámica con que avanzan los procesos industriales y especialmente la industria farmacéutica, es necesario aumentar la protección legal del consumidor de productos que resultan dañosos, tratando paulatinamente de acortar la distancia que separa al consumidor del fabricante y algunos intermediarios de la cadena de distribución y comercialización que colocan al primero en una situación desventajosa y que en el caso de las acciones derivadas de obligaciones extracontractuales pueden imponerle una carga de prueba difícil o imposible de producir».

Los autores indican que la cadena que configura la relación de consumo puede estar formada —y de hecho casi siempre lo está— por distintos eslabones que conllevan a que tanto el laboratorio, fabricante del medicamento, el gran proveedor de productos farmacéuticos (la droguería), el farmacéutico (fabricante, vendedor mayorista y minorista de medicamentos para el consumo y uso), puedan ver comprometida su responsabilidad.

De este modo, la cadena de circulación comercial del medicamento nos permite distinguir como primer eslabón al laboratorio productor del medicamento. Como fabricante, asume los daños causados por los vicios o defectos del producto.

Como segundo eslabón encontramos a la droguería, la cual viene a ser toda entidad o establecimiento que expende o tiene en existen-

[1422] Destri, César H. *Op. cit.*, p. 823.

[1423] Santana, Gabriel Esteban y Gonzalo Cané. «Responsabilidad por productos fármaco-medicinales». *Revista Argentina La Ley*. T. 1992-A, p. 772.

cia al por mayor drogas, materiales de curación, hierbas medicinales o especialidades de uso en la medicina humana o veterinaria.[1424]

Podemos identificar, como tercer eslabón, a la farmacia, la cual se define como toda entidad o establecimiento dedicado al despacho y venta al público, al por menor de productos destinados al arte de curar, de cualquier naturaleza u origen.[1425]

Además de estos sujetos, la responsabilidad podría recaer en el Estado como consecuencia de la obligación de seguridad que ha asumido como encargado de velar por la salud pública, lo que lo convierte en contralor de las drogas y productos farmacéuticos.

Lo expuesto permite afirmar, por consiguiente, que con el fin de evitar la producción de daños injustos es importante el constante control de calidad de los medicamentos, de modo que los mismos logren reunir tres condiciones imprescindibles, esto es: identidad, valoración y pureza. Así, si el producto farmacéutico contiene la sustancia activa correspondiente, con la concentración y pureza debidas, entonces puede considerarse de buena calidad.[1426]

Dentro de este orden de ideas, es necesario el establecimiento de sistemas eficaces de control[1427] que involucren a los diversos protagonistas de la relación que da nacimiento a la obligación de indemnizar.

[1424] Taraborrelli, José Nicolás. «Doctrina sobre la responsabilidad civil de productos farmacéuticos y medicinales». *Revista Argentina La Ley*. T. 1987-B, p. 765.

[1425] Taraborrelli, José Nicolás. *Op. cit.*, p. 765.

[1426] Santana, Gabriel Esteban y Gonzalo Cané. *Op. cit.*, p. 772.

[1427] La Ley General de Salud constituye el marco normativo de este control, al establecer lo siguiente:
Artículo 55.- «Queda prohibida la fabricación, importación, tenencia, distribución y transferencia a cualquier título, de productos farmacéuticos y demás que señale el reglamento, contaminados, adulterados, falsificados, alterados y expirados. Los produc-

Al igual que buena parte de la doctrina, consideramos que este tema es de gran relevancia, ya que con ello se vela directamente por el bienestar de las personas, poniéndose el énfasis en las buenas prácticas de manufactura, calidad de los aditivos, la estabilidad y, fundamentalmente, el valor de la información que debe contener un medicamento de calidad. Un medicamento es tan bueno o tan malo como la información incorporada en su creación, elaboración, distribución, dispensa y aplicación. Tengamos presente que como derivación del principio de buena fe, se consideran incluidos los deberes de lealtad e información completa al usuario.

27.26.2. La responsabilidad civil del Estado en el control de los medicamentos

Al abordar este tema debemos partir de una premisa clave: El Estado es responsable de regular, vigilar y promover la salud. Este principio, además de ser reconocido por nuestra Constitución de 1993, se encuentra plasmado en otros instrumentos normativos. Destaca, entre ellos, el Título Preliminar de la Ley General de Salud, en el cual se

tos antes señalados deben ser inmediatamente retirados del mercado y destruidos apropiadamente, bajo responsabilidad».

Artículo 56.- «Para desarrollar sus actividades, las personas naturales o jurídicas que se dedican a la fabricación o almacenamiento de productos farmacéuticos o ejecuten parte de los procesos que estas comprenden, deben disponer de locales, equipo técnico y de control adecuados y suficientes según lo establece el reglamento. Así mismo, deben ceñirse a las Buenas Prácticas de Manufactura, de Laboratorio y de Almacenamiento recomendadas por la Organización Mundial de la Salud o a las que dicte la Autoridad de Salud de nivel nacional, y a las normas técnicas de fabricación según corresponda. La Autoridad de Salud de nivel nacional o a quien ésta delegue, verificará periódicamente el cumplimiento de lo establecido en la presente disposición».

Artículo 59.- «El control de calidad de los productos farmacéuticos y demás productos que correspondan es obligatorio, integral y permanente. Para garantizar su calidad, las empresas fabricantes, bajo responsabilidad, deben contar con un sistema de control de calidad, que abarque todos los aspectos del proceso de elaboración, desde las materias primas empleadas hasta los productos terminados».

exalta la importancia de la salud como bien jurídico merecedor de tutela, toda vez que se incide en el papel que debe cumplir el Estado:

I. La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

IV. La salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.

V. Es responsabilidad del Estado vigilar, cautelar y atender los problemas de desnutrición y de salud mental de la población, los de salud ambiental, así como los problemas de salud del discapacitado, del niño, del adolescente, de la madre y del anciano en situación de abandono social.

VI. Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad. Es irrenunciable la

Artículo 60.- «La Autoridad de Salud de nivel nacional es la encargada de vigilar la calidad de los productos comprendidos en este Capítulo. El control se efectúa mediante inspecciones en las empresas fabricantes, distribuidoras y dispensadoras y la ejecución de análisis de muestras de productos pesquisados en cualquiera de sus etapas de elaboración, distribución y expendio».

responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad.

VII. El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.

VIII. El financiamiento del Estado se orienta preferentemente a las acciones de salud pública y a subsidiar total o parcialmente la atención médica a las poblaciones.

La actividad estatal respecto al control de los medicamentos ha evolucionado en forma constante hacia un cada vez más estricto cumplimiento de normas que se tornan, asimismo, cada vez más exigentes, con el objetivo de salvaguardar la salud pública.

El artículo 11 del Reglamento[1428] de la Ley N.° 27657 del Ministerio de Salud (Decreto Supremo N.° 13-2002-SA, publicado el 22

[1428] Artículo 11.- «Proceso control de medicamentos, insumos y drogas.
El Proceso Control de Medicamentos, Insumos y Drogas, tiene como objetivo funcional general poner al alcance de la población productos farmacéuticos y afines, de calidad, seguros y eficaces, y promocionar el uso racional de Medicamentos. El Director General de Medicamentos, Insumos y Drogas, debe diseñarlo, rediseñarlo y mejorarlo continuamente. Está conformado por los siguientes Subprocesos:
a. Subproceso Investigación de Productos Farmacéuticos, cuyo objetivo es lograr la innovación de los conocimientos, sobre los productos farmacéuticos y afines, y sobre el impacto de su utilización en la población, así como la innovación de sus normas, métodos y técnicas. Está a cargo del Instituto Nacional de Salud y de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas.
b. Subproceso Regulación Farmacéutica, cuyo objetivo es normar las actividades de importación, exportación, producción, registro, promoción, publicidad, distribución, almacenamiento, donación, comercialización, suministro en el sector público, dispensación, expendio, control, fiscalización sanitaria y uso de los productos farmacéuticos y afines, y el funcionamiento de los establecimientos farmacéuticos. Está a cargo de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas y de las Direcciones de Salud en su jurisdicción.
c. Subproceso Control de Establecimientos Farmacéuticos, Productos Farmacéuticos y afines, cuyo objetivo funcional es lograr el control y vigilancia de la calidad, seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos y afines, y el funcionamiento de los establecimientos farmacéuticos. Está a cargo de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas y las Direcciones de Salud en su jurisdicción.
d. Subproceso Control del Suministro de Productos Farmacéuticos y afines, cuyo objetivo funcional es optimizar el acceso de la población a los productos farmacéuticos y afines de calidad y precio accesible, en especial medicamentos esenciales y genéricos. Está a cargo de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas y las Direcciones de Salud en su jurisdicción.
e. Subproceso Uso Racional de Productos Farmacéuticos y afines, cuyo objetivo funcional es lograr la adecuada selección, información, prescripción, dispensación y uso apropiado, de los productos farmacéuticos y afines, así como del monitoreo del tratamiento para la consecución del éxito terapéutico. Está a cargo de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas y las Direcciones de Salud en su jurisdicción».

de noviembre de 2002) sigue esta lógica, estableciendo la política y las medidas que deben guiar al Estado en lo que respecta al control de la calidad de los medicamentos y productos farmacéuticos, de modo que la salud de los habitantes sea resguardada.

Las acciones de control y vigilancia de los productos farmacéuticos y afines registrados se realizan a través de la Dirección Ejecutiva de Pesquisas e Inspecciones, la misma que se encuentra conformada por dos Direcciones de línea, que son: la Dirección de Pesquisas e Inspecciones y la Dirección de Control y Normas.

Si el Estado incumple con las obligaciones delineadas, incurre en responsabilidad. El razonamiento que sustenta la responsabilidad del Estado ha sido discutido a nivel doctrinal en diversos Congresos. Destacan, a nuestro entender, las conclusiones de las Primeras Jorna-

das sobre Responsabilidad Civil de Productos Farmacéuticos, realizadas en Argentina. Estas conclusiones, las cuales compartimos, resultan significativas respecto a este tema, por cuanto ofrecen ideas y principios de gran relevancia, entre las que están reseñadas las siguientes:

1. Constituye una premisa reconocer como prioridad la tutela de la salud pública.

2. El control estatal de los productos farmacéuticos y medicinales comprende una etapa previa de autorización para su elaboración y comercialización.

3. El Estado, en ejercicio de su poder de policía de la salud pública, debe realizar una permanente fiscalización sobre los laboratorios, procesos de investigación, plantas de envasado, fraccionamiento, almacenamiento, empresas de transportes, droguerías, farmacias, etc.

4. Admitida la necesidad de vigilancia de los poderes públicos para preservar las cualidades terapéuticas de los fármacos, debe extenderse su estricto control para prevenir su morbosidad.

5. Con esos objetivos, el Estado debe ejercer una severa fiscalización de los prospectos informativos de los medicamentos, tanto en lo referente a sus propiedades y modo de utilización, como también sus advertencias, antagonismos, antidotismos, contraindicaciones y peligro de su empleo. Igualmente, debe hacerse efectiva la prohibición de toda forma publicitaria que induzca a la automedicación.

6. Los productos farmacéuticos y medicinales deben ser considerados como bienes sociales, cuya importancia se encuentra reflejada en el volumen de su penetración en toda la comunidad y la facilidad de su suministro.

7. Debe extenderse el control del requisito de la necesaria presencia de profesionales idóneos en las farmacias y laboratorios, así como prohibirse la indebida venta de productos farmacéuticos y medicinales en los establecimientos no habilitados para ello.

8. El Estado, dentro de este esquema, es civilmente responsable siempre que se acredite la existencia de una relación causal adecuada entre la ausencia o deficiencia en el control de la farmacopea por los organismos técnicos competentes, y el resultado dañoso traducido por el medicamento, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al funcionario público.

9. El factor de atribución de responsabilidad debe emplazarse teniendo especialmente en cuenta la situación de la víctima que sufre el daño injusto.

10. La existencia de autorización estatal no exime de responsabilidad al elaborador, si se acredita el vicio o defecto de fabricación del producto que le imprimió dañosidad.

Es recomendable integrar el régimen de responsabilidad del Estado, y de quienes intervienen en la cadena de desarrollo, protección y comercialización de los productos farmacéuticos y medicinales, con el establecimiento de un seguro complementado con un fondo de garantía que facilite a la víctima el cobro de la correspondiente indemnización.

Con base en lo expuesto, podemos reafirmar, por consiguiente, que de incumplir sus obligaciones y deberes de control —lo que abarca la prevención, regulación y promoción de los productos farmacéuticos y, en general, de la salud—, el Estado puede ser responsabilizado por los daños que puedan llegar a ocasionar medicamentos defectuosos. La imputación de responsabilidad al Estado no

exonera al fabricante o a los otros agentes que formen parte de la cadena de consumo.

27.26.3. Responsabilidad del fabricante: El laboratorio

Sostiene la doctrina consultada que la actividad lícita del fabricante del medicamento crea un riesgo para la salud pública. La actividad industrial del fabricante del medicamento lleva implícito y crea un riesgo para el individuo consumidor, esto es, un riesgo social que es lícito; y lo es, a pesar de la posibilidad de un eventual daño, en tanto los beneficios que traen consigo los productos farmacéuticos superan sus costos.

Así, una cuestión de primer orden es identificar las obligaciones concretas que debe cumplir el laboratorio y cuya contravención puede determinar la imputación de responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, dependiendo de la existencia o inexistencia de un vínculo entre la víctima y el laboratorio.

27.26.3.1. La obligación genérica

Tal y como hemos indicado en los Capítulos anteriores, hoy se admite que existe una seguridad prometida (si hay contrato) o razonablemente esperada por el usuario —cuando adquiere un producto para su uso o consumo— en el sentido que dicho producto es inocuo. El fundamento del deber de seguridad que asume el fabricante se basa en la aplicación del principio de buena fe, comprendiendo los deberes de lealtad e información completa.

En líneas generales, esta obligación se encuentra presente en toda situación, sin importar si las partes se hallan o no vinculadas contractualmente: «Cuando hay contrato, hay una seguridad prometida;

cuando no hay negocio, hay una seguridad esperada por el consumidor, la que resulta legítima por el principio de la buena fe».[1429]

27.26.3.2. Las obligaciones específicas

En realidad ya nos hemos referido a estas obligaciones en el Capítulo anterior; sin embargo, consideramos conveniente efectuar algunos comentarios adicionales que nos ayuden a comprender mejor este tema y a ubicarnos en el contexto de los productos farmacéuticos.

27.26.3.2.1. Vicios de construcción: Defectos en el diseño

Dentro del amplio espectro que hemos denominado vicios de construcción, destacan los vicios que tienen como causa un defecto en el diseño del producto.

A grandes rasgos se puede sostener que el diseño encierra un balance de la relación entre el beneficio que produce el medicamento y el riesgo que implica su uso o consumo. El diseño consiste, pues, en la programación de un producto con fines medicinales, que debe ser aprobado por el Estado. El diseño siempre resulta riesgoso, ya que todos los fármacos son, valga la redundancia, riesgosos, debido a que su peligrosidad debe ser analizada en función de diversos parámetros: composición interna, efectos adversos previsibles, imprevisibles, dosis e interacción con otros productos.[1430]

El laboratorio fabricante, por la posición en la que se encuentra y el rol que cumple dentro de la cadena de consumo, debe asumir como exigencias el máximo grado de previsión de las consecuencias dañinas que pueden generarse si el producto se incorpora al mercado. La previsibilidad que se le exige se impone en distintos niveles. De

---

[1429] Lorenzetti, Ricardo Luis. *Medicamentos y responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 965.
[1430] *Idem.*

esta forma, debe prever la utilidad del producto, los daños que aquel producto puede causar, así como su relación objetiva con los beneficios que otorga, toda vez que debe procurar un examen adecuado y constante de las posibilidades objetivas de hacer ese medicamento más seguro. Además, se encuentra obligado a efectuar un seguimiento del método científico y de la presentación del producto.

La responsabilidad civil —se sostiene— implica una distribución eficiente de costos, que tiene como brújula el resarcimiento de la víctima y, asimismo, la prevención. Respecto a esto último surgen algunas interrogantes, de las cuales se destaca una duda: ¿hasta cuándo debe preverse?

Como indica Lorenzetti,[1431] los medicamentos pueden ser perfectamente diseñados y seguros al momento de la aprobación, pero luego de un lapso presentar algún efecto adverso no previsto al momento de la calificación estatal.

Si bien hay un grupo de autores que señalan que al ser dichos efectos un riesgo inherente al desarrollo de los medicamentos, deben ser soportados por las empresas, nosotros optamos por un criterio diferente. Siguiendo el razonamiento que guió las conclusiones de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Argentino, consideramos que el fabricante no es responsable si aporta la prueba de que el medicamento no puede ser catalogado como defectuoso en función del desarrollo científico y de la tecnología prevaleciente en el momento de su puesta en circulación. En todo caso, si un supuesto como este llegara a presentarse, sí podría imputarse responsabilidad al fabricante por no haber cumplido con su obligación de monitoreo o, a pesar de haberlo hecho y luego de conocer los riesgos y daños que puede pro-

[1431] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Medicamentos y responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 967.

vocar el producto, no haberlo retirado del mercado o adoptado las previsiones para neutralizar sus efectos dañosos.

27.26.3.2.2. Vicios de fabricación

En este supuesto el diseño es adecuado, pero en la elaboración del producto no se llega a cumplir con su finalidad. Como antes indicamos, estos defectos son previsibles y relativamente inevitables.

El INDECOPI ha señalado al respecto[1432] que el fabricante es responsable por los productos que en su diseño o configuración normal no conllevan un determinado riesgo, pero por un defecto de fabricación se tornan en riesgosos para el consumidor. Ello, puesto que no se trata de riesgos que no hayan sido advertidos, sino de un riesgo injustificado para el consumidor.[1433]

27.26.3.2.3. Vicios de instrucción: Falta de advertencias

La Ley de Protección al Consumidor establece que:

> Artículo 9.- «Los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes.
>
> En caso que, por la naturaleza del producto o servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio».

[1432] Resolución N.º 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI: Lineamientos Sobre Protección al Consumidor. (Comisión de Protección al Consumidor).

[1433] Ley de Protección al Consumidor:
Artículo 10.- «En el caso que se coloque en el mercado productos o servicios, en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso».

> Artículo 15.- «El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente y apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos o servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes. [...]».

Así, otro de los deberes que tiene el fabricante, en este caso el laboratorio, es el de advertir al consumidor sobre los riesgos que presenta el producto que ofrece. En general, los problemas sobre este aspecto se centran en lo que respecta al volumen de la información que debe brindar, así como los medios a través de los cuales debe hacerlo. Las reflexiones de César H. Destri[1434] resultan muy ilustrativas:

> ¿Qué debemos entender por una advertencia adecuada? Pensamos que la misma debe avisar a cada paciente de los peligros que el uso normal, propio y entendido del medicamento puede provocar.
>
> Cuando el medicamento es de venta libre, directa del farmacéutico al paciente, la negligencia o el error en la advertencia hacen lisa y llanamente responsable al laboratorio.
>
> Sin embargo, tal como expresáramos anteriormente, en el caso en que el medicamento debe ser prescrito por un profesional, la obligación de advertir se expande al médico que prescribe [...].

Ahora bien, en realidad es la propia ley la que precisa qué información es relevante y debe ser dada por el laboratorio, siendo deber del Estado controlar que aquello sea cumplido.

El INDECOPI ha establecido criterios de suma importancia a este respecto. Así, la Comisión y Sala competentes para resolver sobre estos asuntos se han pronunciado sosteniendo que, respecto a productos destinados a la salud de las personas, se exige que se brinde información sobre los ingredientes y componentes de los mismos. Es claro que la justificación de esto se encuentra en la propia naturaleza de dichos productos, toda vez que al tener una finalidad que los distingue de los demás, cual es el curar, están compuestos por ingredientes que pueden producir diversos efectos en el organismo de los consumidores. Así, si bien el efecto previsible es que la dolencia desaparezca, dichos ingredientes también podrían causar efectos secundarios.

Cabe recordar que esos efectos secundarios también podrían presentarse en caso que se consuma una dosis errónea o se utilice de modo incorrecto el producto, por lo que esta información es relevante y debe ser trasladada a los consumidores.

En la Resolución N.º 095-96-TDC, expediente N.º 202-96-C.P.C., el INDECOPI, al resolver un procedimiento de oficio seguido contra Smithkline Beecham I.A.C. y Laboratorios Industriales Hersil S.A., establece pautas y criterios que deben formar parte de nuestra evaluación de los hechos cuando nos enfrentemos a supuestos de esta naturaleza:

> En la Resolución N.º 5, materia de impugnación, la Comisión sostuvo que, «con respecto al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, y en el campo propio de los medicamentos, los consumidores están sujetos a '...riesgos previsibles, tales como los efectos secundarios del mismo o las consecuencias de una sobredosis'. Sin embargo, la Comisión consideró que cualquier riesgo adicional era injustificado, '...máxime si proviene de un error humano en la elaboración del producto'. Por tanto, la Comisión sostuvo que la infracción al artículo 8 se configuraba '...no sólo por haber informado a los consumidores algo falso y errado —consistente en mencionarles que están consumiendo un diurético que carece de los efectos diuréticos— sino por haber puesto en el mercado un producto que afectaba la salud de los consumidores de una manera totalmente adversa e imprevisible'. Paralelamente, la Comisión consideró que

[1434] DESTRI, César H. *Op. cit.*, p. 826.

la violación al artículo 9 de la Ley de Protección al Consumidor era evidente, toda vez que 'Los proveedores no pueden introducir en el mercado productos que conlleven riesgos o peligros distintos a aquellos que vengan impuestos por su propia naturaleza'. (...)

En el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 716 se establece: 'Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad de los productos y servicios, por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos, por la veracidad de la propaganda comercial de los productos y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase en lo que corresponde'.

De lo anteriormente expuesto, esta Sala considera que la razonabilidad de una advertencia debe ser analizada en relación a algunos elementos básicos que indiquen la idoneidad de la advertencia para corregir el problema de proveer al consumidor con la información relevante. Estos elementos, que se citan a continuación, deben ser usados tanto para las advertencias de los riesgos que normalmente tienen los productos (es decir las advertencias a las que alude el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 716), en lo que fuera pertinente, así como para las advertencias que deben darse a los consumidores cuando con posterioridad a la colocación de los productos en el mercado se detecte la existencia de peligros o riesgos no previstos (es decir la obligación de advertir al consumidor contenida en la última parte del artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 716). Los elementos a considerar son:

a) La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad. Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrado. Esto implica que, tratándose de un daño grave a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios razonables para suponer la existencia del peligro.

b) El uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte. El 'título' con el que pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficientemente en relación a

la magnitud del riesgo al segmento de la población afectada que busca advertirse y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.

c) El tamaño y frecuencia de la advertencia deben de ser adecuados. Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con la que se hace (en el caso que la advertencia se haga por medios de comunicación) deben permitir razonablemente que se llegue a la mayoría de los consumidores afectados.

d) Se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte. Esto implica señalar si estamos, por ejemplo, frente a un riesgo a la salud, o a la propiedad del consumidor, o simplemente pueden implicar la pérdida del producto adquirido. Por ejemplo, si un producto es tóxico si se bebe o dañino si se aplica sobre los ojos, debe indicarse tales efectos.

e) Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable. Debe por tanto descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose por el contrario términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.

f) Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible. Si el riesgo es sólo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, puede indicarse ello en el aviso, pudiendo en esos casos usarse expresiones condicionales. Por el contrario, si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que dé a entender ello al consumidor.

g) Deben explicarse las medidas que se deben adoptar para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pudieran producirse. La advertencia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla».

Podemos señalar, en consecuencia, que lo que se busca es la protección de los consumidores, para lo cual es necesario alcanzar un equilibrio adecuado de información clara y efectiva. En este sentido,

la obligación de advertir por parte de quienes elaboran los medicamentos subsiste aun cuando los efectos de los mismos sean ampliamente conocidos.

Lo anterior puede sintetizarse en una frase sencilla: «el experto debe prevenir al inexperto, y si no lo hace incurre en responsabilidad».[1435]

27.26.4. Criterios complementarios

Ahora bien, en materia de productos farmacéuticos nuestra legislación ha sido coherente con el principio de protección al consumidor y el razonamiento que este conlleva. Así, no solo ha regulado el tema respecto de las obligaciones y responsabilidades del laboratorio fabricante, sino ha tomado en cuenta a los otros sujetos que forman parte de la cadena de consumo.

De esta forma, nuestro sistema realiza una serie de distinciones que tienen como objetivo encontrar una respuesta adecuada para los distintos supuestos de hecho. Con ello se busca que los consumidores no queden desprotegidos ante las distintas circunstancias que pueden configurar el contexto en el que se produzca un daño.

Nuestra Ley General de Salud[1436] dedica varios de sus artículos al establecimiento de este marco normativo. En ellos señala diferentes pautas:

- El responsable de la calidad de los productos farmacéuticos es la empresa fabricante, si son elaborados en el país.
- Tratándose de productos elaborados en el extranjero, la responsabilidad es del importador o distribuidor.

[1435] Lorenzetti, Ricardo Luis. *Medicamentos y responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 936.
[1436] Ley N.º 26842, artículos 57, 66 y 73.

- Cuando se trate de laboratorios encargados de elaborar productos por cuenta de terceros, ya sea en su totalidad o en alguna de las etapas del proceso de producción, la responsabilidad por la calidad del producto es asumida solidariamente por dichos laboratorios y por la empresa titular del Registro.[1437]
- Las distribuidoras y los establecimientos de venta al público de productos farmacéuticos, cada uno en su ámbito de comercialización, están obligados a conservar y vigilar el mantenimiento de su calidad hasta que sean recibidos por los usuarios, bajo responsabilidad. Es decir, hasta que salgan de su ámbito de control e ingresen en el ámbito de control del consumidor.
- El profesional químico-farmacéutico que asume la dirección técnica o regencia de cualquier establecimiento farmacéutico es responsable de cuanto afecte la identidad, pureza y buen estado de los productos que se elaboran, preparan, manipulan, almacenan o suministran en estos. Además, también responde de que la distribución o adquisición de los productos farmacéuticos en los establecimientos que dirige o regenta, solo se efectúe a y en establecimientos farmacéuticos, según el caso.
- La responsabilidad del director técnico o del regente, no excluye, en ningún caso, la responsabilidad del establecimiento farmacéutico.

[1437] Sobre esto último también se ha pronunciado el INDECOPI: «Según el criterio establecido por la Comisión y por la Sala, debería esperarse de una empresa que encarga a otra la fabricación de productos que va a comercializar con sus propias marcas, tome medidas adecuadas a fin de verificar que el producto sea elaborado adecuadamente y que no genere riesgos injustificados para la salud de los consumidores. Ello, puesto que está dentro de sus posibilidades llevar a cabo las acciones para controlar la correcta elaboración de un medicamento».
Resolución N.º 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI: Lineamientos Sobre Protección al Consumidor. (Comisión de Protección al Consumidor).

- Los productores y distribuidores de medicamentos están obligados a informar a la Autoridad de Salud de nivel nacional las reacciones adversas de las que tengan conocimiento y que pudieran haberse derivado por el uso de los medicamentos que fabrican o comercializan, bajo responsabilidad.

- Si entregan un medicamento en lugar de otro, las farmacias asumen la responsabilidad de los daños que esto puede causar, según los criterios desarrollados por el INDECOPI: «Conforme al criterio establecido por la Sala, un consumidor razonable que efectúa la compra de un medicamento en una farmacia esperaría que los dependientes de dicho establecimiento le dieran el medicamento que ha solicitado. Por ello, si le entregaran un medicamento distinto al señalado en la receta médica correspondiente, la farmacia resulta responsable. A modo de ejemplo, puede citarse el caso de un consumidor que se acercó a una farmacia con la finalidad de adquirir un medicamento para su padre entregando la receta médica a la propietaria de dicho establecimiento, quien, después de leerla, le dio 6 pastillas del medicamento Dramamine, pese a que la receta médica indicaba un medicamento distinto (Dormonid). Como consecuencia de ello, el paciente sufrió problemas de salud. Por ello, la Sala consideró que la farmacia había infringido la Ley y sancionó su conducta».[1438]

27.26.5. Un breve comentario final

Al analizar el tema de la responsabilidad derivada de la infracción de las normas de protección al consumidor, hemos podido apreciar lo complejo de las relaciones y de las consecuencias fácticas y jurídicas a

[1438] Resolución N.º 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI: Lineamientos sobre Protección al Consumidor. (Comisión de Protección al Consumidor).

las que puede dar lugar. El tema en sí es extremadamente amplio, pudiendo abarcar innumerables situaciones, de las cuales nos hemos centrado en la responsabilidad por los daños que los productos defectuosos pueden ocasionar.

Asimismo, luego de revisar dentro de ese marco los criterios generales que informan la evaluación de la responsabilidad civil, con el fin de resaltar los especiales matices que pueden presentarse al examinar un caso concreto, hemos concentrado nuestra atención en la responsabilidad por productos fármaco-medicinales. Aquí se puede observar que el sistema jurídico, si bien sobre la base de principios generales, establece normas particulares con el objetivo de regular adecuadamente las distintas posibilidades.

Como sabemos, la responsabilidad civil es un instrumento y no un fin en sí misma. Su pilar básico es el principio por el cual ante un daño injusto la víctima debe ser resarcida. A grandes rasgos es posible afirmar que la responsabilidad se perfila como una distribución de costos que se construye de conformidad con diversos criterios, toda vez que orienta a la prevención en la medida que aquellos que están en posibilidad de evitar el daño y no lo hacen, asumen la responsabilidad.

Del desarrollo de nuestro estudio se percibe que el fundamento que sirve de brújula a la aplicación de la responsabilidad civil en los casos vinculados a las relaciones de consumo, es la protección del consumidor. Una protección que, sin embargo, no puede estar reñida con la búsqueda de un equilibrio que permita no solo la tutela de los derechos del consumidor, sino también que los intereses de los proveedores no se vean perjudicados de manera que no se desaliente la actividad económica.

Una de las consecuencias de esa búsqueda de eficiencia se manifiesta en las discusiones que a nivel legislativo y doctrinal se han

dado, y se siguen dando, en torno al factor de atribución de responsabilidad. En varios países se han inclinado por la aplicación de la imputación objetiva por el riesgo creado.

No obstante que en nuestro sistema, sobre la base de ciertos razonamientos, podría llegar a sustentarse la aplicación del artículo 1970 del Código Civil, los Tribunales han optado por la aplicación de la tesis subjetiva, basándose en la noción de culpa.

Debemos admitir, sin embargo, que el tratamiento tan particular que reviste la culpa en el análisis de la responsabilidad por productos defectuosos en general y de medicamentos en particular, la acercan bastante a la teoría objetiva del riesgo.

Podría decirse, como lo hace Lorenzetti,[1439] que se han tonificado las presunciones a un punto tal que es posible, incluso, hablar de una culpa objetivada. De aquí que hay autores que se han preguntado qué diferencia existe realmente entre este sistema y el de la atribución objetiva, al cual parece que nos dirigimos, como lo hiciera la jurisprudencia americana hace algunos años, luego de atravesar un proceso evolutivo respecto a este tipo de responsabilidad.

[1439] Lorenzetti, Ricardo Luis. *Medicamentos y responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 964.

Tratado de las Obligaciones
Cuarta Parte, Tomo XII
Se terminó de imprimir en el mes de octubre del 2003
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 15621), Gral. Varela 1577,
Lima 5, Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS DE DERECHO

DERECHO COMUNITARIO ANDINO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración de la Comunidad Andina)

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Fabián Novak (Coordinador)
(con la colaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja)

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX
Marcial Rubio Correa

LA DESPROTECCIÓN DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES
José Almeida Briceño

LOS ORÍGENES DEL GOBIERNO REPRESENTATIVO EN EL PERÚ. LAS ELECCIONES (1809-1826)
Valentín Paniagua Corazao
(en coedición con el Fondo de Cultura Económica)

RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: PERSPECTIVA PERUANA
Ítalo Fernández Origgi

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164
Cercado de Lima
feditor@pucp.edu.pe



Tratado de las Obligaciones

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda «...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana».

ISBN 9972-42-601-7