

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



Maestría en Ciencias
Mención: Derecho
Línea: Derecho Civil y Comercial

TESIS

**CREACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA RESPONSABILIDAD
CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN ACTIVIDADES DE RIESGO**

Presentado por:

GERMÁN LEOCADIO DÁVILA GABRIEL

Asesor:

Dr. ERNESTO ENJELBERTO CUEVA HUACCHA.

CAJAMARCA, PERÚ

Noviembre de 2016

COPYRIGHT © 2016 por

GERMÁN LEOCADIO DÁVILA GABRIEL

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POST GRADO



Maestría en Ciencias
Mención: Derecho
Línea: Derecho Civil y Comercial

TESIS

**CREACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA RESPONSABILIDAD
CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN ACTIVIDADES DE RIESGO**

PARA OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN CIENCIAS

Presentado por:

Germán Leocadio Dávila Gabriel

Comité Científico:

Dr. Nixon Castillo Montoya.

Dr. Joel Romero Mendoza.

M.Cs. Nilo Román Romero.

A:

Las personas que guían mi camino y me dan la fortaleza necesaria para seguir adelante y hacen que cada esfuerzo valga la pena; mi querida madre NILA, mi esposa SOFIA y mis hijos GABRIELA y GABRIEL.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento especial al asesor de tesis, Doctor Ernesto Enjelberto Cueva Huaccha, y a todas las personas que han hecho posible la elaboración de la presente.

CONTENIDO

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN	vii
<i>ABSTRACT</i>	<i>ix</i>
INTRODUCCIÓN	xi

CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICO

I. MARCO EMPÍRICO Y TELEOLÓGICO	01
1.1. Planteamiento y delimitación del Problema	01
1.2. Formulación del Problema	04
1.3. Objetivos de la Investigación.....	04
1.3.1. General	04
1.3.2. Específicos	04
1.4. Delimitaciones de la Investigación	06
1.5. Justificación e Importancia	06
1.5.1 Justificación.....	06
1.5.2 Importancia.....	08
II. HIPÓTESIS Y CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES	08
2.1. Hipótesis	08
2.2. Categorización de variables	09
III. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	09
3.1. Diseño de la Investigación	09
3.2. Tipo de Investigación	10
A. De acuerdo al fin que persigue	10
B. Según el Nivel de Conocimiento	10
3.3. Métodos	11

3.3.1 Métodos Generales.....	11
3.3.2 Métodos Específicos.....	12
3.4. Técnicas e Instrumentos de recopilación de datos	14
3.5. Unidad de Análisis	15
3.6. Técnicas para la contrastación de la hipótesis	15

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPCIÓN.....	16
2.2. ENFOQUES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	18
2.2.1. Tesis Dualista	18
2.2.2. Tesis Monista	19
2.2.3. Tesis de la Unicidad	20
2.2.4. Tesis de la Unificación	22
2.2.5. Nuestra posición	23
2.3. PRINCIPALES SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	25
2.3.1. En cuanto a su origen	25
2.3.2. En cuanto al factor de atribución	26
2.3.3. En cuanto al daño causado y al fenómeno resarcitorio	26
2.3.4. En cuanto al plazo prescriptorio	28
A. Responsabilidad Civil Contractual.....	30
B. Responsabilidad Civil Extracontractual.....	31
2.4. ELEMENTOS COMUNES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	32
A. Imputabilidad	32
B. Ilícitud o hecho generador del daño	34
C. Daño	35
D. Relación de Causalidad	45
E. Factor de Atribución	49
a. Factores de atribución subjetivos	50
b. Factores de atribución objetivos	53
2.5. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN...	57

A. Responsabilidad subjetiva	58
B. Responsabilidad objetiva	59

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DEL RIESGO Y SU IMPLICANCIA EN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

3.1. La Teoría del riesgo como sustento de la responsabilidad objetiva	63
3.1.1. Antecedentes	63
3.1.2. Ideas directrices de la responsabilidad objetiva	68
A. El principio de la Causalidad.....	68
B. Principio del interés activo.....	69
C. Principio de la prevención.....	69
D. Principio de la reparación del daño.....	69
3.1.3. Tendencias de la teoría del riesgo	70
A. El riesgo integral	70
B. El criterio del “ <i>riesgo</i> provecho”	71
C. El criterio del “riesgo creado”	72
D. Criterio del carácter subsidiario de la teoría del riesgo	74
3.1.4. Imputabilidad del causante del daño y la relación de causalidad	75
3.1.5. Supuestos de calificación de la actividad riesgosa	79
A. Actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza.....	80
B. Actividades riesgosas o peligrosas por las circunstancias de su realización....	80
C. Actividades riesgosas o peligrosas por los medios empleados.....	81

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL TRATAMIENTO LEGAL ESPECIAL DE INDEMNIZACIÓN EN ACTIVIDADES DE RIESGO

4.1. La insuficiencia de los factores de atribución adoptados por el Código Civil

de 1984 para dichas fuentes de generación de daño.....	83
4.2. La relevancia constitucional de los valores jurídicos afectados en daños generados por actividades riesgosas	92
4.3. La necesidad de lograr la íntegra reparación del daño en la persona de la víctima de actividades riesgosas y la concretización de la función preventiva.....	99
4.3. La optimización de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima del daño.....	103

CAPÍTULO V

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	114
------------------------------------	-----

CAPÍTULO VI

PROPUESTA NORMATIVA

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA AL AT. 1970° - A AL CÓDIGO CIVIL.....	127
CONCLUSIONES	131
SUGERENCIAS	133
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

RESUMEN

En la presente investigación se ha planteado la siguiente formulación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de un tratamiento legal especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo?, teniendo como objetivos específicos: a. Analizar si el sistema de responsabilidad civil extracontractual adoptado por el Código Civil peruano de 1984 resuelve eficazmente el problema de los daños causados por actividades de riesgo; b. Determinar si los factores de atribución que ha adoptado el sistema de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano son los adecuados en relación al principio de reparación íntegra de la víctima; c. Determinar si los daños causados por el ejercicio de actividades de riesgo afectan valores de relevancia constitucional de la víctima; d. Analizar si la disposición normativa contenida en el artículo 1970° del Código Civil resulta jurídicamente suficiente para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de las víctimas de daños por actividades de riesgo; e. Analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a los factores de atribución en casos de indemnización proveniente de una responsabilidad civil extracontractual derivada de actividades de riesgo; y, f. Analizar el Derecho Comparado sobre responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo. Para ello se ha seguido el Diseño No Experimental, teniendo como referente el Paradigma Interpretativo, bajo los métodos Inductivo-deductivo; Analítico-sintético, Dogmático y Hermenéutico; y, como técnica de contratación al Análisis Documental y la Argumentación, a partir de las cuales se han construido las conclusiones. Por lo tanto, según el nivel explicativo utilizado, se determina que nuestro Código Civil de 1984 no establece un tratamiento normativo específico vinculado a la indemnización derivada de actividades de riesgo en la responsabilidad civil extracontractual; sino que incorpora, de

manera general, a la responsabilidad objetiva, cuyo factor de atribución es el riesgo creado, sin efectuar una distinción de las actividades riesgosas por su naturaleza, por las circunstancias de su realización o por los medios empleados, como lo efectúa el Ordenamiento Jurídico italiano y argentino, cuya insuficiencia contribuye a la ineficacia del principio de íntegra reparación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, desprotegiendo a la víctima directa o por repercusión, cuyos bienes jurídicos afectados tienen relevancia constitucional, como el derecho a la vida; a la integridad física y psicológica; al libre desarrollo y bienestar; a la salud, entre otros, los cuales por su propia naturaleza merecen ser resarcidos teniendo como referencia la optimización de los principios de íntegra reparación del daño, y como factor de atribución la actividad riesgosa considerada en sí misma, así como la relación de causalidad.

Palabras clave. Daño; indemnización; íntegra reparación; tutela jurisdiccional efectiva, actividad riesgosa.

ABSTRACT

The current research aims to provide an answer to this question: Which are the grounds to create a special legal regime in the Peruvian legal system in order to achieve an effective compensation for torts due to risk activities? This answer will have specific goals such as: First, analyze the torts system under the Peruvian Civil Code of 1984, and, determine whether it gives an effective solution to the issue generated by risk activities. Second, determine if the attribution factors in the Peruvian torts system goes with the principle of full compensation to the victim. Third, determine whether the damage generated by risk activities impacts any constitutional value of the victim. Fourth, analyze whether the article 1970° of the Civil Code guarantees an effective judicial protection for the victims of torts due to risk activities. Fifth, analyze the jurisprudence of the Supreme Court referred to attribution factors for compensation in cases of torts in risk activities. Finally, analyze the comparative law about torts due to risk activities. This research has used the non-experimental design based on an interpretive paradigm, as well as the inductive-deductive, analytical-synthetic, dogmatic, and hermeneutical methods. Also, the documental analysis and argumentation have been used as engagement techniques; these are the foundations of the conclusions. Thus, according to the explanatory level, this research determines the Peruvian Civil Code does not establish any specific legal framework to the compensation due to torts in risk activities. Contrarily, our Civil Code contains the strict liability whose attribution factor is the generated risk, and does not make any differentiation of the risk activities related to their nature, the objects which have been used, or its circumstances; this legal treatment may be observed in the Italian or Argentinian legal system. This lack of legal framework contributes to the inefficacy of the full compensation principle in cases of

damages. Consequently, it unprotects all kind of victims, no matter if it is a direct one or a repercussion one, whose affected legal interests have constitutional relevance such as the right to life, right to physical and psychological integrity, right to free development and wellness, right to health, among others. These rights should be compensated due to its own nature and the principle of full compensation of the damage; then, the compensation will be determined on attribution factors such as a risk activity and the causality tie.

Key words: Damage, compensation, full compensation, effective judicial protection, risk activity.

INTRODUCCIÓN

Es innegable que el ser humano ha logrado desarrollar conocimientos científicos especializados que han contribuido al logro de avances tecnológicos sin precedentes; sin embargo, tal accionar conlleva también a la generación de potenciales riesgos a los bienes jurídicos de las personas, muchos de los cuales tiene relevancia constitucional, como el derecho a la vida, a la integridad física y psicológicas, a la dignidad, entre otros; los cuales, una vez afectados, merecen ser resarcidos a efecto de evitar que el sujeto imputable y bajo el cual debe estar el control preventivo de tales acciones, traslade las consecuencias negativas a la víctima directa o por repercusión.

En tal sentido, resulta claro que el régimen de responsabilidad por actividades riesgosas surge como una respuesta jurídica a los riesgos creados por los avances tecnológicos de los últimos tiempos, cuyo factor de atribución es estrictamente objetivo, el cual está vinculado al hecho de aquel que ejercita actividades de esta naturaleza debe responder por todos los daños que tal actividad cause a terceros, ya que se encuentra en mejor posición de dominar o evitar los peligros creados; pues, bajo este contexto, debe tenerse en cuenta que el Estado no sólo tiene el deber de brindar la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y razonable.

Ahora bien, debemos precisar que en nuestro ordenamiento no se cuenta con un tratamiento jurídico especial de responsabilidad civil extracontractual que permita una indemnización adecuada a las víctimas directas o por repercusión, en caso de

actividades de riesgo, razón por la cual se recurre a la única disposición normativa prevista en el artículo 1970 del Código Civil, la misma que ha previsto la responsabilidad objetiva bajo el factor de atribución del riesgo creado, liberado de la culpa, salvo los casos en los que se tenga que analizar la responsabilidad objetiva cualificada; bajo cuyo contexto no resulta razonable circunscribir todos los supuestos en la previsión general del referido artículo, sino que se hace necesario el diseño de disposiciones normativas concretas sobre el tratamiento del fenómeno resarcitorio en caso de daños producidos por actividades de riesgo, a efecto de garantizar una reparación íntegra frente a los daños asumidos por las víctimas; pues, consideramos que el Derecho no es, ni debe ser, ajeno a las circunstancias descritas, sino que debe ir evolucionando constantemente, a fin de regular las nuevas tendencias y actividades que generalmente son creadas por los adelantos científico-tecnológicos, de los cuales no negamos su invaluable importancia para el desarrollo de un país, pues gracias a las ventajas que nos ofrecen podemos vivir más y mejor; sin embargo, no sólo debemos pensar en dichas ventajas, sino también en las situaciones dialécticamente opuestas, traducidas en los daños que causa su utilización.

En tal sentido, para el propósito propuesto, la presente Tesis se estructura en seis capítulos. El primero de ellos está orientado al desarrollo del aspecto metodológico de la investigación, el cual se ha sustentado en un Diseño No Experimental, de nivel explicativo. El segundo capítulo está dedicado al Marco Teórico doctrinal, en el cual se desarrollan las bases teóricas bajo las cuales encuentran sustento las instituciones jurídicas abordadas en la investigación. En el tercer capítulo se aborda la Teoría del riesgo y su implicancia en la indemnización por daños y perjuicios, a efecto de

comprender la naturaleza de las actividades de riesgo y su consideración para efectos indemnizatorios. En el capítulo cuarto se desarrollan los fundamentos jurídicos que justifican el tratamiento legal especial de indemnización en actividades de riesgo; es decir, tal capítulo constituye la concepción teórica bajo la cual sostenemos nuestro planteamiento. En el capítulo quinto se procede a la contrastación de hipótesis y discusión de resultados, con lo cual evidenciamos la contrastación de la hipótesis planteada; siendo que para ello se ha recurrido a distintas fuentes de información teórica y práctica, como son las resoluciones emitidas por la Corte Suprema y la codificación extranjera; para finalmente en el capítulo sexto diseñar un proyecto de Ley que incorpora el artículo 1970-A al Código Civil peruano; proponer las conclusiones y sugerencias.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. MARCO EMPÍRICO Y TELEOLÓGICO

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El desarrollo económico de nuestro país, generado básicamente como consecuencia de la promoción de la iniciativa privada y la libertad de empresa, las que se ejercen en una economía social de mercado, ha dado lugar al avance del uso de la ciencia y la tecnología y con ello sin duda al surgimiento de riesgos tecnológicos que pueden generar efectos negativos en la persona humana; por lo tanto, puede argumentarse válidamente que el progreso técnico del hombre ha superado su capacidad de dominio sobre el proceso desencadenado, y con ello también el incremento de las actividades de riesgo, las cuales conllevan la potencial generación de daños en sus diversas modalidades, como los causados por los cajeros automáticos, energía eléctrica, energía nuclear, los gases, los hidrocarburos, el sector químico y vertiginosamente la biotecnología y la bioética, entre otras actividades que representan en sí misma un riesgo para los bienes jurídicos vinculados a la persona.

Frente a dichos avances tecnológicos, los cuales se traducen en el desarrollo de actividades riesgosas, cumple una función esencial la responsabilidad civil contractual y extracontractual, la cual permite garantizar el resarcimiento de la

víctima de daños patrimoniales o extrapatrimoniales, siempre que se verifique la concurrencia de sus elementos conformadores: ilicitud, daño causado, relación de causalidad y factor de atribución; sin embargo, somos conscientes que en nuestro país aún no se le ha dado la importancia que merece el último de los elementos (como en Italia, Argentina, Francia, Rusia, México, entre otros), cuando se trata de una actividad riesgosa en el ámbito extracontractual; por el contrario, es un área donde se encuentran posiciones discrepantes que generan problemas a los operadores de justicia; hecho que se agrava por cuanto en nuestro sistema no se cuenta con un tratamiento jurídico especial de responsabilidad civil extracontractual que permita una indemnización adecuada a las víctimas directas o por repercusión, razón por la cual se recurre a la única disposición normativa prevista en el artículo 1970 del Código Civil, la misma que ha previsto la responsabilidad objetiva bajo el factor de atribución del riesgo creado, liberado de la culpa, salvo los casos en los que se tenga que analizar la responsabilidad objetiva cualificada; no obstante lo cual, consideramos que no resulta razonable circunscribir todos los supuestos en la previsión general del referido artículo, sino que se hace necesario el diseño de disposiciones normativas concretas sobre el tratamiento del fenómeno resarcitorio en caso de daños producidos por actividades de riesgo, a efecto de garantizar una reparación íntegra frente a los daños asumidos por las víctimas.

Adicionalmente a ello, se debe indicar que en el referido artículo 1970° del Código Civil no se precisan las características de la responsabilidad por riesgo, la que se caracteriza por i) referirse a una actividad lícita permitida; ii) en el aspecto probatorio, la prueba de la diligencia y cuidado no exonera de responsabilidad al

causante del daño; iii) se puede incurrir en responsabilidad por riesgo en ejercicio de actividades o trabajos riesgosas, y iv) la teoría del riesgo se caracteriza por la facilidad para identificar no solamente al autor físico del daño, sino a una serie de personas que giran en torno al riesgo creado y se benefician o lucran con la creación de ese riesgo; presupuestos que hoy no tienen regulación en nuestro ordenamiento civil.

Por otro lado, tampoco se establecen los criterios o supuestos específicos para determinar la actividad o trabajo riesgoso, ya que no basta un riesgo general inherente a toda suerte del quehacer humano, porque el sólo hecho de vivir implica riesgos; razón por la cual es necesario establecer un criterio de distinción, para lo cual se debe tener en cuenta si aparece tipificada o si se establece el régimen de responsabilidad por riesgo planteado en términos generales y si no habrá que recurrir a la interpretación judicial, a la jurisprudencia y a la doctrina.

Este problema legislativo, a su vez, genera otros problemas significativos que en la práctica pueden presentarse hechos dañosos derivados de actividades riesgosas que quedan sin la correspondiente reparación o que son reparados inadecuadamente; a ello se une, muchas de las veces, la aplicación o interpretación errónea de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual vigente que conllevan a resultados perjudiciales para la víctima del daño.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de un tratamiento legal específico dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General.

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de un tratamiento legal específico dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo

1.3.2. Objetivos Específicos.

- a. Analizar si el sistema de responsabilidad civil extracontractual adoptado por el Código Civil peruano de 1984 resuelve eficazmente el problema de los daños causados por actividades de riesgo.
- b. Determinar si los factores de atribución que ha adoptado el sistema de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano son los

adecuados en relación al principio de reparación íntegra de la víctima en caso de actividades riesgosas.

- c. Determinar si los daños causados por el ejercicio de actividades de riesgo afectan valores de relevancia constitucional de la víctima directa o por repercusión.
- d. Analizar si la disposición normativa contenida en el artículo 1970° del Código Civil resulta jurídicamente suficiente para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de las víctimas de daños por actividades de riesgo.
- e. Analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a los factores de atribución en casos de indemnización proveniente de una responsabilidad civil extracontractual objetiva.
- f. Analizar el Derecho Comparado sobre responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo.
- g. Diseñar una propuesta legislativa de modificación del artículo 1970 del Código Civil, a efecto de incorporar un tratamiento específico sobre indemnización en caso de daños derivados de actividades de riesgo.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Por la naturaleza teórica bajo la cual se ha desarrollado la presente investigación, ésta se circunscribe en el área de la doctrina y jurisprudencia en el tema de Responsabilidad Civil Extracontractual; asimismo se va a analizar la legislación vigente en el Perú, enfocada al ámbito de los daños generados por actividades de riesgo, así como la justificación de establecer un tratamiento legal específico que permita garantizar eficazmente la reparación de la víctima del daño, haciendo presente que en esta investigación el análisis de la jurisprudencia se tendrá en cuenta solo de forma referencial.

1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.5.1. Justificación.

Con la actual globalización en el mundo es innegable que el desarrollo económico de una nación, como ha sucedido en el Perú en las últimas décadas, ha sufrido un incremento considerable del número y variedad de actividades de riesgo. Dicha coyuntura es una consecuencia lógica del sistema económico vigente, que tiene como principios constitucionales básicos la libertad de empresa, comercio e industria y el reconocimiento del pluralismo económico; es decir, la coexistencia de diversas formas de actividad.

Pero a medida que se incrementa el número y variedad de actividades de riesgo, también va en aumento el número de daños causados por el ejercicio de las mismas, los cuales son de diversa índole y que no deben quedar sin el resarcimiento adecuado y eficaz a las víctimas.

Creemos que el Derecho no es, ni debe ser, ajeno a las circunstancias descritas, sino que debe ir evolucionando constantemente, a fin de regular las nuevas tendencias y actividades que generalmente son creadas por los adelantos científico-tecnológicos, de los cuales no negamos su invaluable importancia para el desarrollo de un país, pues gracias a las ventajas que nos ofrecen podemos vivir más y mejor; sin embargo, no sólo debemos pensar en dichas ventajas, sino también en las situaciones dialécticamente opuestas, traducidas en los daños que causa su utilización.

Desde esta perspectiva, conscientes de la injusticia e inequidad que se está presentando en el sistema de reparación, creemos que es importante analizar los daños causados por una actividad de riesgo, y así establecer un tratamiento legal específico dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para indemnizar adecuadamente a la víctima en casos de responsabilidad civil extracontractual, lo que constituye un valioso aporte para la ciencia jurídica, en el campo que nos ocupa, y así facilitar a la víctima directa o por repercusión, la consecución de la indemnización de los perjuicios que ha sido objeto.

1.5.2. Importancia

Es importante el desarrollo de la presente investigación, debido a la ausencia de disposiciones normativas expresas o específicas en nuestro Ordenamiento Jurídico que regulen el factor de atribución apropiado en caso de responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo, tampoco se precisan las características de dicha responsabilidad, menos se establecen criterios para determinar la actividad de riesgo; por lo que frente a tales falencias, el resultado de este trabajo coadyuva con la generación de un debate jurídico que conlleve a la justificación del tratamiento de un marco normativo específico y adecuado a los tiempos actuales de la ciencia y tecnología, a fin de garantizar la indemnización de daños y perjuicios que dichas actividades hayan generado en la víctima.

II. HIPÓTESIS Y CATEGORIAZACIÓN DE VARIABLES

2.1. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que justifican el tratamiento legal especial dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo son: la insuficiencia de los factores de atribución adoptados por el Código Civil de 1984 para dichas fuentes de generación de daño; la relevancia constitucional de los valores afectados en la persona de la víctima; la necesidad de

lograr la íntegra reparación del daño; y, la optimización de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima directa e indirecta del daño.

2.2. CATEGORIZACIÓN DE VARIABLES

- A. Indemnización por daños.
- B. Actividad de riesgo.
- C. Integra reparación.
- D. Factores de atribución.
- E. Tutela jurisdiccional efectiva.

III. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

3.1. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.

Nuestra investigación se ha circunscrito al Diseño No Experimental; es decir, una investigación sistemática y formal, en la cual las variables no se han manipulado. En este diseño no se construyó ninguna situación, sino que se ha estudiado situaciones jurídicas existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador, dado que el estudio se basó en la interpretación de las disposiciones normativas vinculadas a la indemnización por daños y perjuicios en supuestos de responsabilidad extracontractual en casos de actividades de riesgo previstas en el Código Civil peruano de 1984, el análisis de la doctrina nacional y extranjera, así como jurisprudencia de la Corte Suprema vinculada a dichos supuesto, para lo cual

se analizarán algunas sentencias de forma referencial, todo ello con el propósito de justificar jurídicamente la necesidad de un tratamiento legal especial dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

A. De acuerdo al fin que persigue. Teniendo en cuenta que la presente investigación es eminentemente dogmática, por lo que en el ámbito científico, es considerada como Básica, por cuanto se traduce en la actividad orientada a la búsqueda de conocimientos teóricos, sin un fin práctico inmediato.

B. Según el nivel de conocimiento. Considerando que el resultado de la investigación consistió en la determinación de los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de un tratamiento legal especial dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo, el alcance del presente trabajo ha sido de nivel explicativo o argumentativo, precisando que la investigación argumentativa puede presentar, entre otros, dos tipos de estructura: la estructura de causa consecuencia y la estructura de problema solución, siendo ésta última la que hemos adoptado en el presente caso, dado que luego de la determinación del tratamiento normativo específico, se ha procedido a establecer la respectiva incorporación de una disposición normativa

en el Código Civil, con la cual se pretende subsanar la insuficiencia de regulación.

3.3. MÉTODOS

ZELAYARÁN (2002) precisa que el método de investigación científica es el procedimiento lógico que debe seguir el pensamiento en la búsqueda de nuevos conocimientos, sobre algún objeto o fenómeno concreto, desde el planteamiento del problema de conocimiento hasta la elaboración del informe de investigación. Agrega este autor que en el campo de las ciencias jurídicas, el método es el medio de cognición de las situaciones y relaciones jurídico-sociales, para la formulación de nuevos sistemas jurídicos (p.85). En tal sentido, en la presente investigación se ha recurrido al uso de los siguientes métodos:

3.3.1. MÉTODOS GENERALES.

A. Método Analítico-Sintético. A través del análisis hemos realizado una operación mental que nos permitió descomponer mentalmente la naturaleza jurídica y alcances del fenómeno resarcitorio en caso de daños extrapatrimoniales derivados del Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual, en los supuestos específicos de actividades de riesgos, en responsabilidad directa e indirecta, para luego sintetizar los resultados relevantes, determinando específicamente sus cualidades en relación al objeto de investigación.

B. Método Inductivo–Deductivo. Por medio de este método obtuvimos conocimientos de lo particular a lo general y viceversa; es decir, del análisis de cada institución jurídica involucrada en nuestro objeto de investigación hemos podido efectuar generalizaciones con relevancia científica que permitieron sustentar afirmaciones en relación a nuestra hipótesis.

3.3.1. MÉTODOS ESPECÍFICOS.

A. Método Dogmático. Considerando que la investigación ha tenido que analizar la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual en casos de daños producidos en trabajos o actividades de riesgo, además de la doctrina y jurisprudencia, a efecto de determinar la necesidad de un tratamiento legal especial dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en actividades de riesgo; en tal sentido, ha sido necesario recurrir al Método Dogmático, el cual alcanza un mayor rigor en la teorización. Mientras que la exégesis trabaja fundamentalmente con normas legales, la dogmática recurre a la doctrina nacional y extranjera, el Derecho Comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia. Por ello su enfoque se desenvuelve sobre bases más amplias (Ramos 2005, 104-105). El objetivo de esta forma de investigación jurídica y de los análisis jurídicos es doble a) fin teórico: ayuda a entender los institutos jurídicos y b) fin práctico: hace posible la explicación de las normas del modo más adecuado a las

exigencias del caso concreto. Con este método se puede criticar normas jurídicas que tienen deficiencias, no consideran o generan problemas en la interpretación; puede también analizar vacíos legales; es decir nos sirvió para el análisis de la doctrina nacional y extranjera, así como de teorías y la jurisprudencia, para así fundamentar una postura y construir un aporte a nuestra legislación.

B. Método Hermenéutico. A través de este método específico se ha buscado interpretar y comprender de manera sistematizada las previsiones normativas vinculadas al tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual en los supuestos de actividades de riesgo, a fin de determinar la posibilidad jurídica de un tratamiento legal específico en dichos supuestos, tanto a nivel de responsabilidad directa como indirecta.

C. Método Sociológico Jurídico Comparativo. El método Sociológico Jurídico, se interesa sobre todo por la funcionalidad del Derecho, en cuanto sistema social; y es comparativo porque asume el estudio de una pluralidad de ordenamientos jurídicos que operan actualmente, pues mediante la legislación comparada, se realizó una fructífera investigación y comparación con distintos países que han acogido la teoría de la responsabilidad civil extracontractual en trabajos o actividades de riesgo.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Entre las Técnicas que nos permitieron obtener la información relevante para nuestra investigación, así como para la recopilación, selección, análisis e interpretación de los datos, tenemos:

A. Recopilación Documental. Para Quiroz (1998, 118) se denomina Análisis de Registro Documental. Esta técnica permitió recopilar el material documental adecuado, acorde con la finalidad de nuestro estudio, tanto a nivel doctrinario, normativo y jurisprudencial, teniendo como referencia específica los casos abordados en la Corte Suprema de Justicia vinculados a indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil extracontractual en supuestos de responsabilidad objetiva, con relación a actividades de riesgo. Esta recopilación se efectuó principalmente de fuentes primarias, a través de Fichas.

B. Análisis de Contenido. A través de esta técnica obtuvimos la información relevante respecto al contenido no sólo de la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual directa e indirecta, sino respecto a la jurisprudencia y doctrina relacionada con la indemnización en casos de daños producidos por actividades de riesgo. Como instrumento, recurrimos a la Libreta de Anotaciones.

3.5. UNIDAD DE ANÁLISIS

En la presente investigación, la Unidad de Análisis lo constituyó el artículo 1970° del Código Civil vigente.

3.6. TÉCNICAS PARA LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

Nuestra investigación se basó en el Enfoque con tendencia Cualitativa, dado que no se procedió a efectuar mediciones ni aproximaciones estadísticas; pues, únicamente realizamos la comprensión de los datos obtenidos, como consecuencia de la interpretación de la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual en supuestos de daños generados como consecuencia de actividades riesgosas, así como el análisis de la doctrina y jurisprudencia vinculada al tema, con el fin de contrastar la hipótesis planteada, lo cual permitió establecer los fundamentos jurídicos que justifican el tratamiento legal especial en dichos supuestos, tanto a nivel de responsabilidad directa como indirecta. En tal sentido, como técnica de contrastación, se hizo uso del Análisis Documental, a partir de la cual se recurrió a la Argumentación¹ para elaborar los fundamentos bajo los cuales se construyó la teoría que sustenta la hipótesis planteada.

¹ Se ha indicado que “argumentar constituye la actividad central de los juristas –pocas profesiones consisten más genuinamente que la de los juristas en suministrar argumentos-, y que el Derecho ofrece uno de los campos más importantes para la argumentación”. ATIENZA, Manuel. Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica. Segunda Edición. Palestra Editores. Lima. 2004. Pp. 321-322.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPCIÓN

LEÓN (2004) sostiene que, en sentido jurídico, la responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias para él desventajosas, que una norma prevé y le impone, atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto (p.5); en tanto que para DIEZ PICAZO & GULLÓN (1994) la responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido. (p.591)

Ahora bien, REGLERO (2008) considera que el criterio determinante de la responsabilidad civil reside en la imputación, exponiendo que un determinado sujeto será responsable del incumplimiento de un deber o de una obligación, o de la causación de un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable (p.52). Sin embargo, para otros autores, lo realmente importante es el daño causado, como es el caso de CONCEPCIÓN (1999) quien expone que toda la problemática de la responsabilidad civil tiende a conseguir la reparación del daño cuando ha sido generado injustamente; es decir, cuando se ha causado atendiendo a los preceptos que regulan las fuentes de las obligaciones (p.39). En consecuencia, para DE TRAZEGNIES (2005) la

responsabilidad implica desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona. (p. 43)

En consecuencia, se advierte que la responsabilidad civil es una institución jurídica que se origina con la finalidad de restablecer un equilibrio económico que ha sido quebrantado, y ello se lleva a cabo a partir de la reparación del daño causado a un sujeto que jurídicamente no tiene por qué soportarlo, de ahí la existencia de un marco normativo específico sobre el tema. Por lo que siendo así, en nuestro caso, se hace necesario acudir a las normas del Código Civil; esto es, tanto al Libro VI: De las Obligaciones, como al Libro VII: Fuente de las Obligaciones, específicamente a lo vinculado al capitulado de Responsabilidad Civil Extracontractual, para poder comprender su naturaleza diferenciada no solo a nivel normativo, sino jurisprudencial y doctrinal.

Por lo tanto, habiendo analizado el tema y partiendo de las nociones que nos brinda la doctrina, podemos concluir diciendo que la responsabilidad civil puede ser definida como la obligación que tiene un sujeto de derecho, sea por imputación objetiva o subjetiva, de reparar un daño causado a otro por la violación de una obligación convencional o de la obligación general de no causar daño a otro, resultante de hecho propio, ajeno o de las cosas.

2.2. ENFOQUES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En doctrina se ha discutido mucho sobre la unificación o la separación de ambos regímenes, pudiendo identificar hasta cuatro posiciones distintas: la tesis dualista, la tesis monista, la tesis de unicidad y la tesis de unificación. No es objeto de este trabajo profundizar en el tema, sin embargo es necesario analizarlo e incluso adoptar una posición, toda vez que nuestro campo de estudio es solamente la responsabilidad civil extracontractual.

2.2.1. Tesis Dualista.

Esta tesis sostiene que la responsabilidad contractual es absolutamente distinta de la responsabilidad extracontractual. Esta posición extremista ha sido defendida por la doctrina clásica francesa, tal como lo han manifestado Luis De Gasperi y Augusto Morello, quienes señalan que la división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual es una consecuencia de la doctrina clásica francesa.

El fundamento esencial de esta teoría es su concepción de una dualidad de culpas, es decir que, para sus defensores, existe una culpa contractual y una culpa extracontractual, ambas totalmente distintas; pues, según BUSTAMANTE (1993) la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; la culpa extracontractual es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar

(p. 84). De allí que la culpa contractual es simplemente un efecto de la obligación y, en cambio la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva.

El pensamiento radical de esta posición doctrinaria lo ponen de manifiesto los hermanos Mazeaud y Tunc cuando, refiriéndose al clásico francés Sainctelette, afirman: “Hay algunos que incluso llegan a sostener que la expresión *responsabilidad* debe ser reservada para la esfera de los delitos y cuasidelitos; y que el término *garantía* debe ser el único empleado en materia contractual.

2.2.2. Tesis Monista.

En esta tesis, denominada también *teoría de la unidad*, sostiene que no existe diferencia esencial alguna entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, como tampoco existen dos tipos de culpa; pues en ambos casos, según BUSTAMANTE (1993) se trata de la violación de una obligación preexistente, sea ésta una obligación convencional, sea una obligación legal. (p. 85)

Esta teoría fue sostenida por primera vez, según Trigo Represas, por Lefevre en 1886, en un trabajo intitulado *De la Responsabilite Delictuelle et Contractuelle*, y más tarde retomada por sendas tesis doctorales por Grandmoulin y Aubin, y según Díez Picazo y Ponce De León (1999, 284), a estos se suman los franceses Merlin, Duranton y Toullier, Savatier y Marcel Planiol; y, en nuestro modo de ver, también lo son los hermanos Henry y León Mazeaud y André Tunc, quienes

contradiendo los fundamentos de la teoría dualista afirman: “Cuando una de las partes se niega a cumplir la obligación puesta a su cargo por el contrato o la cumple mal; por ese hecho la otra parte sufre un daño. Nace entonces una obligación nueva que sustituye a la obligación preexistente, ya sea en su totalidad o en parte: la obligación de reparar el perjuicio causado por el incumplimiento o por el mal cumplimiento del contrato. Con ello Mazeaud y Tunc sustentan la unidad de la responsabilidad civil señalando que, así como en la responsabilidad extracontractual, el acto lesivo es fuente de una obligación nueva, en la responsabilidad contractual, también lo es, es decir, en ambos casos se ve que nace una obligación y se ve que esa obligación produce efectos. Esta posición doctrinaria también es tan radical como la primera, lo cual se verifica en el pensamiento de su defensor Marcel Planiol, quien –según DIEZ PICASO (1999)- señala que la existencia de una verdadera y esencial diferencia entre las dos responsabilidades parece más un capricho sin motivo y un absurdo legislativo (p. 49).

2.2.3. Tesis de la Unicidad.

Esta tesis se sitúa en una posición intermedia entre la dualista y la monista, y postula una concepción unitaria de responsabilidad civil, pero un doble régimen de responsabilidad. Los defensores de esta teoría basan su posición en dos fundamentos distintos; de allí que, a nuestro entender, dentro de la unicidad, nacen dos corrientes de pensamiento también distintos. Una defendida por el argentino Lambías, quien encuentra el fundamento de la unicidad de la

responsabilidad civil en la unidad de la culpa, este jurista sostiene que la culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inejecución de los contratos o en la comisión de los hechos ilícitos; por lo tanto, hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa.

La otra corriente de pensamiento, defendida por el español De Cupis y el argentino Mosset Iturraspe y a la cual se adhiere Jorge Bustamante Alsina, sostiene que el fundamento de la unicidad de la responsabilidad civil no es la culpa, sino la unicidad del fenómeno resarcitorio como consecuencia del elemento del daño. Para BUSTAMANTE (1993) esta corriente explica que la culpa es un factor de imputabilidad que determina en algunos sectores de la responsabilidad el deber de reparar el daño y por mucho que haya sido importante la culpa en el régimen de la responsabilidad civil durante el siglo anterior y comienzos del presente (refiriéndose a los siglos XIX y XX) ya no lo es tanto hoy día (p. 97-98). En efecto, el daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil; de ahí que puede hablarse de un derecho de daños o de una responsabilidad por daños.

Entonces, si entendemos que el daño es el presupuesto principal, su consecuencia lógica, común y relevante en ambos sistemas o regímenes de responsabilidad civil, es la necesidad de repararlo; de allí que se habla de la unicidad del fenómeno resarcitorio.

En nuestro criterio, Arturo Acuña Azorena, también aboga a favor de esta tesis cuando afirma que si bien no hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidad, existen diferencias accesorias, cuya importancia práctica es tan grande que justifica el establecimiento de una línea demarcatoria entre ellos. De esta manera no habría, científicamente, dos responsabilidades, sino dos regímenes de responsabilidad.

2.2.4. Tesis de la Unificación.

Los principales tratadistas que defienden esta posición doctrinaria son los argentinos: Félix Trigo Represas, Atilio Altrini, Roberto López Cabana, Luis de Gaperi y Augusto Morello. Esta tesis es contraria a la teoría de unicidad y se resume, según Trigo Represas, en el hecho de que hoy día existe en nuestra doctrina una suerte de consenso en el sentido de que no resulta posible precisar con rigor cuáles son las razones legitimantes de la separación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, que ambas tienen la misma naturaleza y que por lo tanto no se justifica la dualidad de sistemas. Pero la tendencia doctrinal mayoritaria, puesta de resalto en los pronunciamientos de jornadas y congresos científicos, ha sido siempre y reiteradamente, la de propiciar la unificación de los regímenes sobre responsabilidad contractual y extracontractual.

La unificación de los sistemas de responsabilidad civil encuentra su razón de ser en los mismos fundamentos de la tesis de la unicidad, pero haciendo un énfasis en

los elementos comunes. Agregando además que existe una unidad genérica porque en ambos casos estamos frente a la violación de una obligación preexistente: si se trata de la responsabilidad extracontractual la obligación preexistente es legal, y si estamos en el ámbito contractual la obligación preexistente será convencional.

2.2.5. Nuestra posición.

Luego de habernos ocupado, aunque muy ligeramente, de las cuatro tesis que tratan el tema, adoptaremos una posición doctrinaria, la misma que servirá de sustento para nuestra tesis, pues como lo hemos expresado, nuestro campo de estudio es solamente la responsabilidad civil extracontractual. Nosotros no compartimos la tendencia moderna desarrollada por la doctrina argentina sobre la unificación de ambos sistemas; por el contrario, nos adherimos a la tesis de la unicidad que postula una concepción unitaria y dos regímenes de responsabilidad civil. Una concepción unitaria genérica por cuanto los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual tienen diferencias que no pueden soslayarse y que han sido reconocidas por la doctrina y por la legislación nacional y comparada. Aun los mismos defensores de las tesis de la unidad y de unificación han admitido estas diferencias, bastará con nombrar a los hermanos Mazeaud, defensores de la tesis de la unidad, quienes haciendo lo propio afirman que esas diferencias no son fundamentales; no atañen a principios rectores, pero existen diferencias accesorias; a Luis De Gasperi y Augusto Morello, defensores de la tesis de la unificación, quienes sostienen que la doctrina que postula la

unificación de ambos órdenes de responsabilidad civil rechaza la identidad total y absoluta así como la total diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual; y al maestro argentino Félix Trigo Represas, defensor de la tesis de unificación, quien manifiesta que en el proyecto de reforma de 1987 del Código Civil argentino, se propuso la unificación legislativa de los regímenes, pero acepta que la aprobación del aludido proyecto de 1987 no habrá de eliminar las diferencias, ya que siempre subsistirá la disimilitud en el origen y en la estructura de la obligación de responder.

En consecuencia nos reafirmamos en la Tesis de la Unicidad que postula una concepción genérica y un doble régimen de responsabilidad. Siendo de la misma opinión los profesores OSTERLING & CASTILLO, quienes afirman: “En nuestra opinión, la responsabilidad en caso de incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato amerita un tratamiento distinto al caso del incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro, como ocurre en sede extracontractual” (p.53). Por ello analizaremos a continuación las semejanzas y las diferencias más saltantes entre los sistemas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, partiendo de lo expresado por la Corte Suprema, quien afirma que “... nuestro Ordenamiento Jurídico ha diferenciado la responsabilidad contractual y extracontractual, las cuales responde por el daño ocasionado, y que si bien en algunos casos pudieran existir ‘intersticiales’, es decir espacios donde es difícil distinguir si la responsabilidad es de naturaleza contractual o extracontractual, se deberá resolver a partir de la existencia del

daño y de las responsabilidades que el orden jurídico tenga establecido para las partes involucradas...”²

2.3. PRINCIPALES SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

A pesar que ambas responsabilidades tienen la misma finalidad reparadora con elementos comunes, en la práctica, se presentan diferencias importantes. Así tenemos:

2.3.1. En cuanto a su origen.

La semejanza radica en que en ambos sistemas la responsabilidad surge por la violación de una obligación preexistente. La diferencia está en la naturaleza de la obligación preexistente que ha sido violada; en la responsabilidad contractual se trata de una obligación de carácter contractual, es decir, según DIEZ PICAZO (1999) cuando entre las partes existe un contrato o una relación contractual y los daños son debido al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato, se trata pues de una obligación determinada, concreta o específica; mientras que en la responsabilidad extracontractual se trata de la violación de deberes generales de conducta o de la regla general *alterum non laedere* (p. 253). En consecuencia, siguiendo a De Gasperi, si se trata de la responsabilidad extracontractual la obligación preexistente es legal, y si estamos

² Casación N° 16050-2015 DEL SANTA

en el ámbito contractual la obligación preexistente será convencional. DIEZ PICAZO (1999) señala que la responsabilidad no se define de acuerdo a la lesión causada, sino al origen de la misma (p. 228).

2.3.2. En cuanto al factor de atribución.

Ambos regímenes son semejantes, porque tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, para que exista responsabilidad, debe haber un factor de atribución en virtud del cual exista la obligación de responder, es decir que debe existir “...alguna buena razón para obligar a una persona a cubrir los daños...” (DE TRAZEGNIES, 2005, p.44) sufridos por el damnificado. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que en la responsabilidad contractual el factor de atribución. Según BUSTAMANTE (1993) es eminentemente subjetivo y consiste en la imputabilidad con culpa del deudor en la inejecución del contrato (p.89). En cambio en la responsabilidad extracontractual coexisten el factor de atribución subjetivo: culpa; y, el factor de atribución objetivo: riesgo.

2.3.3. En cuanto al daño causado y al fenómeno resarcitorio.

El daño es un elemento común a ambos regímenes, es el presupuesto central de la responsabilidad civil y como consecuencia lógica, también ambos regímenes persiguen repararlo. Para DE TRAZEGNIES (2005) la razón de la indemnización no es la existencia de un contrato, sino la presencia de un daño que debe ser reparado (p.465). Sin embargo, para TABOADA (2003) en la responsabilidad

contractual sólo se dan cuatro supuestos de daños: incumplimiento total, incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso y cumplimiento tardío o moroso; mientras que en la responsabilidad extracontractual se pueden dar infinitos supuestos de daños, pues ésta nace de una conducta que, simplemente, causa daño. (p.33)

En cuanto al fenómeno resarcitorio, según OSTERLING & CASTILLO (2003) en la responsabilidad contractual se hace una distinción, si el daño ha sido causado con culpa leve, el deudor sólo responderá por los daños que pudo prever al momento de la celebración del contrato, y si el daño es causado con dolo o culpa inexcusable, el deudor debe responder por todos los daños, previsibles como imprevisibles (p.58). Para TABOADA (2003) mientras que en la responsabilidad extracontractual no es posible efectuar esa distinción, por cuanto si el agente ha actuado con dolo, culpa u otro factor, siempre responde de todos los daños ocasionados, los que sean consecuencia inmediata y mediata del acto ejecutado. (p. 25)

Por otro lado, siguiendo con el fenómeno resarcitorio, para Trigo Represas, en la responsabilidad contractual puede darse el llamado tarifamiento anticipado del monto de los daños y perjuicios, o sea, las partes al celebrar el contrato pueden acordar, por medio de una cláusula penal, el monto de la indemnización en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, ello es factible en mérito del principio de autonomía de la voluntad en materia contractual; sin embargo, en la responsabilidad extracontractual no es factible un acuerdo

anticipado. Citando a VIDAL explica que la autonomía de la voluntad, denominada también autonomía privada, “no ha recibido una noción legal y ello lo hace ser un principio no escrito. Su noción, por ello, es puramente doctrinaria”. “(...) la autonomía de la voluntad es libertad y fuerza vinculante al mismo tiempo, ya que la voluntad libremente exteriorizada mediante el acto jurídico crea la relación jurídica, la regula, la modifica o la extingue, sin que el sujeto (...) pueda sustraerse de los efectos vinculatorios que genera la manifestación de voluntad” (p. 57-60).

Finalmente, siguiendo al mismo autor en caso de pluralidad de responsables, en materia contractual la responsabilidad es en principio simplemente mancomunada; es decir que cada responsable sólo está obligado a responder por su cuota parte o en proporción a su parte, salvo que la solidaridad resulte del contrato o por mandato de la ley. En cambio, en materia extracontractual, el principio que rige es el de la responsabilidad solidaria, es decir que el damnificado puede accionar contra todos o contra cualquier responsable por el total de la indemnización; o, en otras palabras, cada uno es solidariamente responsable de todo el perjuicio.

2.3.4. En cuanto al plazo prescriptorio.

Para Vidal Ramírez, la prescripción es una de las instituciones jurídicas más necesarias para el orden social y se sustenta en el principio de seguridad jurídica; por ello agrega que si el titular de un derecho durante considerable tiempo transcurrido no hace efectiva su pretensión ejercitando la acción correspondiente

para que el órgano jurisdiccional lo declare y lo haga efectivo, la ley no debe ya franquearle la posibilidad de su ejercicio. La responsabilidad civil contractual y extracontractual no escapa de este principio, pues la acción que busca se declare y haga efectiva la reparación de un daño causado, en ambos casos, prescribe por el transcurso del tiempo. La diferencia entre los dos regímenes radica en que la acción de daños y perjuicios resultantes de un incumplimiento contractual prescribe a los diez años, si se trata de acción personal o real; mientras que en materia extracontractual la acción prescribe a los dos años³.

Ahora bien, SANTISTEVAN (2008) ha señalado que la terminología invita rápidamente a suponer como criterio distintivo al contrato. Así, mientras que la responsabilidad contractual supone una lesión al crédito contenido en una relación obligatoria originada por un contrato entre el deudor lesionante y el acreedor lesionado, la responsabilidad extracontractual es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar un daño a otro sin que medie un vínculo obligacional. Agrega que, hay que reparar que la utilización del contrato como criterio distintivo de la responsabilidad civil no ha sido adoptado por nuestro Código Civil, que utiliza un criterio de distinción diferente: la obligación (90). En tal sentido, dentro de la terminología de nuestro Código Civil, ha de referirse a “responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones” y no a responsabilidad contractual.

³ Al parecer existe consenso en la legislación comparada respecto de los plazos prescriptorios, cuando menos en lo que respecta a las legislaciones de Argentina, Colombia, España, México y Perú. En el caso de Uruguay y Ecuador, prescribe a los cuatro años.

Por lo tanto, atendiendo a la importancia de su distinción, a continuación se desarrollan algunas consideraciones generales respecto a ambos supuestos o sistemas de responsabilidad civil.

A. Responsabilidad Civil Contractual

La misma supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas; por lo que, la culpa contractual es un efecto de la obligación (BUSTAMANTE, 1993, p.85). Por su parte, DE LA PUENTE Y LAVALLE (2001) sostiene que el carácter contractual de la responsabilidad no está dado por la naturaleza de la obligación inejecutada, sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generadoras de consecuencias jurídicas (p.370). Para TABOADA (2003) cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano, de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones (p.29-30). YZQUIERDO (2001) considera que, la responsabilidad civil contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s. Agrega que, es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano. (p. 79-80)

B. Responsabilidad Civil Extracontractual

Es conocido que la responsabilidad civil por daños surge en la Lex Aquilia que sancionó en Roma este tipo de responsabilidad en el año 408. Ésta da lugar a la sustitución de la pena por la reparación, en cuanto a daños se trataba. Por ello, este tipo de responsabilidad es también conocida como aquiliana. En ella no existe un convenio entre las partes que regule la relación de éstas, por lo que la relación entre ellas, al menos respecto al hecho generador del daño, comienza solo a partir de que éste se produce. En nuestro caso, se habla de que el deber incumplido, es el consagrado en el artículo 1969 del Código Civil peruano. En la doctrina peruana TABOADA (2003) precisa que este tipo de responsabilidad es producto del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás. (p.31)

Esta clase de responsabilidad es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta, sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva (BUSTAMANTE, 1993, p.85). La responsabilidad extracontractual surge de la obligación de indemnizar por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia (DE ANGEL YAGÜEZ, 1993, p.13-14). YZQUIERDO (2001) considera que responsabilidad civil extracontractual surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga. Aquí no se trata de la violación de una previa

relación obligatoria, sino del genérico deber de no causar daño a otro (“*alterum non laedere*”). (p.79-80)

2.4. ELEMENTOS COMUNES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La Sala Civil de la Corte Suprema de la República⁴ ha precisado que, para encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad civil que merezca ser tutelado, es necesario que concurren los siguientes elementos fundamentales: a) Imputabilidad, b) Ilícitud o antijuricidad, c) Factor de atribución, d) Nexo causal y, e) Daño. En tal sentido, se advierte que dichos elementos son comunes en los sistemas contractual y extracontractual, razón por la cual –a continuación- se procederá a efectuar el análisis de cada uno de ellos, sin diferenciar el sistema en el cual puede ser invocado; no obstante ello, en otras ocasiones ha referido que “resulta pertinente señalar que para la determinación de la existencia de responsabilidad civil, deben concurrir necesariamente cuatro factores, los cuales son: la conducta antijurídica, el daño, el nexo causal y los factores de atribución”⁵.

A. Imputabilidad

Según ESPINOZA (2002) la imputabilidad o capacidad de imputación es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, lo cual se da cuando el sujeto tenga discernimiento, conforme lo prevén los artículos 458 y 1975

⁴ Casación N° 2725-2012-APURIMAC. El Peruano: 02-12-2013.

⁵ Casación Laboral N° 4321-2015-CALLAO

del Código Civil vigente. Por lo tanto, concluye que habrá responsabilidad sin culpa, pero no responsabilidad sin capacidad de imputación; advirtiendo que un sujeto no puede ser imputable penalmente, pero sí desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Advierte el autor peruano que, respecto a la responsabilidad del incapaz, existen dos posiciones; pues, por un lado, las normas que regulan la responsabilidad de los sujetos incapaces (o de los capaces en estado transitorio de inconciencia) solo se aplican a supuestos de responsabilidad subjetiva (artículos 1969 y 1982) y, en el caso de supuestos de responsabilidad objetiva, el sujeto incapaz (o el incapaz en estado transitorio de inconciencia) es responsable por cuanto este particular estatus es irrelevante a efectos de la atribución de responsabilidad. En tanto que la segunda posición parte del hecho que tanto en los supuestos de responsabilidad subjetiva como objetiva, se aplican la normatividad de los sujetos incapaces (o de los incapaces en estado transitorio de inconciencia), por cuanto el requisito previo indispensable para atribuir responsabilidad (objetiva o subjetiva) es la capacidad de imputación (o imputabilidad) del sujeto. (p.55-56)

Se concluye afirmando que el modelo jurídico diseñado por el legislador peruano, en lo que a materia de responsabilidad civil se refiere, se basa en la conjunción de dos elementos, uno subjetivo (imputación de la responsabilidad a un sujeto) y otro objetivo (lesión del interés ajeno), precisando que la imputabilidad no sólo es referible a la persona natural, también lo será respecto a la persona jurídica y a las organizaciones de personas no inscritas; sin embargo, cabe aclarar que un comportamiento es jurídicamente imputable cuando el agente ha actuado con

voluntad libre y capacidad, sin embargo si no hay voluntad libre, el resultado dañoso se considera producto de fuerza mayor (DE ANGEL YAGÜEZ, 1993, p.307).

B. Ilícitud o hecho generador del daño

Este elemento de la responsabilidad se refiere a aquella acción u omisión que efectúa el sujeto sobre la que se hará el análisis de causalidad con el daño. En términos generales, se puede entender por acción cualquier actuación positiva (un hacer) que provoca, de forma mediata o inmediata, el daño que deba indemnizarse (ROCA, 2011, p.94). En su determinación habrá que considerar si estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual. Siguiendo a TABOADA (2003), esto significa que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente, por lo que resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o relativamente una obligación (p.32-33). Si estamos ante la responsabilidad contractual se tratará del incumplimiento de una obligación a cargo del deudor, ya sea porque no desplegó la conducta debida (o si la desplegó, debiendo abstenerse), o porque cumplió parcialmente, defectuosamente o lo hizo de manera tardía.

Sin embargo, en la responsabilidad extracontractual se tratará de la causación de un daño de manera injustificada a alguien. Lo importante no es que esa víctima sea desconocida para el causante, sino que importa analizar que dicho daño no se haya

causado en ejecución misma del contrato. Se habla en ocasiones de que en la responsabilidad extracontractual lo que se trasgrede es el deber general de no causarle daño a nadie; por lo tanto, se ha precisado que, la raíz de la responsabilidad se encuentra en una conducta humana. También podría tratarse de una omisión. Este último hecho (omisión), solo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar, aunque con independencia en materia civil de que ocupe la posición de garante (DIEZ PICAZO, 1999, p.287). En ambos casos deberá cumplir con la característica de antijuridicidad, no necesariamente de ilicitud, ya que se acepta que se produzca responsabilidad a partir de una actividad legítimamente ejercida. La antijuridicidad implica que la acción u omisión deben transgredir un mandato normativo; en la responsabilidad contractual el contrato mismo o las leyes que lo rigen, y en la extracontractual un mandato expreso o el principio de *alterum non laedere*.

C. Daño

VIDAL (2006) considera que el daño, en su significado más lato, es el factor determinante y fundamental de la responsabilidad civil. El daño es uno de los presupuestos necesarios para poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil. Es más, se ha indicado que se trata del presupuesto matriz, porque en función de él están preordenados los demás requisitos o presupuestos de aquélla. No en vano, la consecuencia que deriva de la concurrencia de responsabilidad civil es el nacimiento, a cargo del sujeto responsable, de la obligación de reparar el daño

causado, de modo tal que, en ausencia de daño, ninguna obligación nace porque nada hay que reparar. (p.201)

El daño es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura; así, sin daño no hay lugar a responsabilidad civil. Esto ha llevado a que muchos autores se refieran a esta figura como “derecho de daños”, teniendo en cuenta no solo el papel fundamental del daño, sino también la función principal de la responsabilidad, que es el resarcimiento del mismo, así como las funciones adicionales analizando el daño para buscar alternativas de prevención y evitación de los mismos.

Según BUSTAMANTE (1993), el daño en sentido lato se configura cuando una persona desborda su órbita de facultades e invade a otro agente, de forma que si se causa un daño no justificado a un tercero, menoscabando su patrimonio debe el autor responder mediante el debido resarcimiento que restablezca el patrimonio a su estado anterior (p.159). Sin embargo, no podrá existir responsabilidad civil si no hay daño causado; vale decir, no podrá exigirse el deber de reparar; sin embargo, debe precisarse que el daño no puede ser entendido sólo como lesión de un interés protegido, sino que incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido; hablándose de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Para ROCA (2011) el daño puede definirse como un perjuicio que derive de diferentes causas: i) el incumplimiento del contrato, y, ii) la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de

dañar, o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo.
(p.19)

A pesar de la importancia que tiene este concepto en la materia, es difícil encontrar una definición legal que sirva a la teoría común de la responsabilidad civil. Así, encontramos el artículo 1969 del Código Civil, el cual consagra la obligación de “reparar el daño causado”, sin hacer énfasis alguno acerca de la noción de daño ni sus características; sin embargo, en la doctrina es posible encontrar diferentes acepciones. Así, una definición clásica y objetiva de daño la encontramos en Larenz, quien lo define como “todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”. Según SANTOS (1993), a estos conceptos clásicos se les ha agregado otros elementos, como la antijuridicidad, definiéndose el daño como todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra (p. 126). Por su parte, ROCA (2011) enfoca su estudio a partir del derecho de daños, y lo define como un perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar. (p.17)

Modernamente, se incluyen también aquellos daños ocasionados o que sean consecuencia del ejercicio de actividades que provocan un riesgo, como por ejemplo, los producidos por la conducción de automóviles. Así entonces, si nos centramos únicamente en el concepto de daño, se ha indicado que éste constituye una lesión a

un bien o interés jurídico protegido, relevante para la responsabilidad civil, en cuanto sea ocasionado por una persona diferente a la víctima.

a. Clases de daño.

Se ha indicado que el evento dañoso es la lesión del interés protegido en sí mismo considerado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; en cambio las consecuencias de dicho evento son aquellos perjuicios posteriores, de orden económico o moral, que derivan de la lesión al interés, razón por la cual, en la doctrina, los tipos de daños se dividen principalmente en dos grupos:

i) Daños Patrimoniales. Son los daños que afectan a un conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial de la víctima. Generalmente es fácil determinar su certeza y realidad para que cumplan los requisitos de ser indemnizables. Se dividen en daño emergente y lucro cesante, conforme lo prevé el artículo 1321 del Código Civil, el cual refiere que “...El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución...”.

- **El daño emergente:** Éste, según la doctrina española, comprende los perjuicios irrogados positivamente como consecuencia directa del hecho dañoso (ALBALADEJO, 2002, p.971); esto es, que el daño emergente lo constituye, según ESPINOZA (2002), la pérdida que sobreviene en el

patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito (158). Asimismo, se indica que el daño emergente es la pérdida patrimonial causada en el patrimonio de la víctima, o que efectivamente se va a causar; pues, comprende los perjuicios irrogados positivamente (ALBALADEJO, 2002, p.971).

- **El lucro cesante:** A diferencia del concepto anterior, la doctrina es uniforme en señalar que se trata de una ganancia que la víctima ha dejado de obtener, o un ingreso que dejará de percibir como consecuencia del hecho dañoso. Los daños pueden ser presentes o futuros, pero en el caso del lucro cesante futuro, se genera gran dificultad en su determinación, por ello se deben evitar vaguedades e indeterminaciones y acudir al juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de los acontecimientos (DIEZ PICAZO, 1999, p.323).

ii) **Daños extrapatrimoniales.** Según DIEZ PICAZO (1999), se trata de daños o lesiones a bienes jurídicos que no forman parte del patrimonio de la víctima. Se afectan bienes de carácter extrapatrimonial, que por dicha naturaleza no son susceptibles de ser reparados en sentido estricto, pero si se les da un valor para que la víctima sea indemnizada (p.323). Como ya hemos apuntado, la prueba de éstos y su cuantificación presenta grandes problemas, si se tiene en cuenta que son bienes inmateriales, que no tienen un valor en el mercado. Se ha considerado que en ciertos casos dicha dificultad puede ser utilizada por los tribunales para imponer sumas indemnizatorias que tengan un carácter

punitivo, aprovechándose la oportunidad de sancionar a quien causó un daño que no tiene materialmente una limitación cuantitativa. Agrega el autor español que, en un principio se trajo del concepto *pretiumdoloris*, definiéndolo únicamente como el dolor, sufrimiento y padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado; pero hoy en día se acepta la presencia de dichos padecimientos extrapatrimoniales o de la personalidad como consecuencia de actividades y agresiones que de manera directa se hayan causado a bienes materiales, y su compensación claramente no implica la reintegración de un patrimonio, pero busca proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. Los casos en que se estiman existentes este tipo de daños ha ido en aumento, ampliándose a bienes de la personalidad, perjuicio estético o daño a la vida de relación.

FERNÁNDEZ (1994) considera que dentro de este tipo de daños se encuentra el clásico daño moral al que hace referencia el artículo 1322 del Código Civil peruano (p.427); y, en relación al cual la Corte Suprema de la República ha señalado que el daño moral concebido como daño no patrimonial implica que debe ser resarcido teniendo en cuenta la magnitud del menoscabo producido en la víctima y su familia, para lo cual se debe examinar las circunstancias particulares del caso y el hecho de que, tratándose de un daño cuyo monto no puede determinarse de manera precisa, el Juez deberá fijarlo prudencialmente

de acuerdo a una valoración equitativa, conforme al artículo 1322 del Código Civil, que rige de manera extensiva para dicho supuesto⁶.

Asimismo, FERNÁNDEZ (1994) considera que dentro de los daños extrapatrimoniales (daños subjetivos) se encuentra el Daño Psicosomático, dado que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto, que determinan la salud del mismo. Agrega que, a su vez, el daño psicosomático involucra: i) el daño biológico, el cual alude a la lesión en sí misma, provocada sobre un aspecto de la esfera psicosomática del sujeto que afecta la normal eficiencia psicosomática de la persona y se evidencia en los actos de la cotidianidad. El daño biológico representa lo que podría designar como la vertiente estática del daño psicosomático mientras que el daño a la salud significa en cambio, la vertiente dinámica del mismo; ii) el daño a la salud, compuesto por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto, siendo de tal amplitud que abarca el estado de bienestar integral de la persona; y iii) daño a la libertad, considerado como el que afecta el proyecto de vida de la persona, recae directamente sobre el sujeto que le impide realizar su actividad habitual, para proveerse de los bienes indispensables para su sustento, así como en las que estaban planteadas aquellas metas que le permitirían su realización personal. (p.31-32)

En cuanto al daño moral, según ALESSANDRI (1983) éste consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su

⁶ CAS. N° 1545-2006 - PIURA (tercer considerando).

sensibilidad física o sentimientos, creencias o afectos. De ahí que la indemnización que lo repare se denomina *pretium doloris* (p. 220). Por su parte, PIZARRO & VALLESPINOS (1996) advierte que debe considerarse la existencia de tres posibilidades de apreciar el daño moral: el *daño moral puro* es aquel que se agota en el simple menoscabo o detrimento de un interés legítimo extrapatrimonial, sin tener ramificaciones o consecuencias inmediatas o mediatas en la esfera patrimonial económicamente mensurable del sujeto que lo sufre; el *daño moral con consecuencias patrimoniales* sería aquel que vulnera los intereses extrapatrimoniales lícitos del sujeto y que produce como consecuencia mediata o inmediata una disminución del patrimonio; por último, *el daño moral derivado del daño patrimonial*, consiste en la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, cuando éste produce además un atentado a los intereses extrapatrimoniales. Esta clase de daño se produce en todos aquellos casos en que la lesión recae sobre bienes patrimoniales con los cuales su titular estaba ligado por vínculos de afecto. (p.531)

Por su parte, la Corte Suprema, en el considerando 71 del III Pleno Casatorio Civil ha indicado que “Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona”. ESPINOZA (2002), al comentar dicho Pleno señala que el hecho de que el daño moral esté comprendido dentro del daño a la persona, no implica que no deban ser individualizados. Quien los invoca, tiene la carga

de acreditar en qué consistieron los hechos que generaron el daño a la persona (como por ejemplo, la lesión a la reputación) y los que generaron el daño moral (dolor, sufrimiento, pena, aflicción), así como las consecuencias dañosas que se derivaron”.

Ahora bien, para efectos de comprensión del ámbito en el cual se efectúa la propuesta de la presente Tesis, debe atenderse a la diferencia entre daño extrapatrimonial subjetivo y objetivo, precisando que nuestra postura está orientada específicamente al primero de ellos. Así tenemos entonces que:

- **Daño extrapatrimonial subjetivo.** Este tipo de daño se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.).

- **Daño extrapatrimonial objetivo.** Éste es considerado como la lesión a un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (como el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte, por ejemplo).

La distinción entre daño extrapatrimonial objetivo y subjetivo es útil porque deslinda el área afectiva social y aquella sufrida en el ámbito individual; así, sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente, por ejemplo). Se indica que esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación.

- iii) **La denominada pérdida de oportunidades.** Se ha referido que la dificultad de determinación del lucro cesante o de las ganancias dejadas de obtener no se agota en la complejidad del juicio apreciativo, sino que aumenta cuando se plantean demandas en las que, bajo la apariencia de lucro cesante, se esconden realmente las denominadas “pérdidas de probabilidades o de oportunidades”. Según ESPINOZA (2002), este tipo de daño es denominado también daño por pérdida de una ocasión favorable (p.167). A estos supuestos se les denomina igualmente pérdida de una *chance*. Se trata éste de un concepto distinto al lucro cesante que, frente a él, se caracteriza por la falta de certeza acerca de la consecución del resultado perseguido o esperado y que se refiere, no a la frustración de ganancias esperadas, sino a la frustración de meras expectativas de ganancia o, de forma más genérica, a la frustración de las expectativas, esperanzas o posibilidades de conseguir una determinada ventaja o beneficio. En este sentido se pronuncia YZQUIERDO (2001), cuando afirma que privar de las esperanzas también

supone un perjuicio, por mucho que su valoración resulte extremadamente delicada (p.153). En consecuencia, el daño recae sobre la esperanza o posibilidad misma, haciéndola desaparecer. Es expresiva, en este sentido, una consideración vertida por el autor citado, según la cual, en los supuestos de pérdidas de oportunidades concurren, por un lado, la *certeza* de que si no se hubiese producido el hecho dañoso, el perjudicado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia y, por otro lado, la *incertidumbre* de lo que efectivamente habría sucedido si no se hubiera producido tal evento dañoso. Así las cosas, debemos concluir que el daño consistente en una pérdida de oportunidad merecerá la calificación de patrimonial o de extrapatrimonial en función de la naturaleza que corresponda al interés que ha resultado afectado a causa de la frustración de la posibilidad misma de su satisfacción.

D. Relación de Causalidad

Se precisa que el nexo causal es propio de la esencia de la responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual. Reglero (2008, 303-304) considera que la existencia de un nexo causal entre la actividad (y de forma más tardía, la conducta omisiva), del sujeto a quien se imputa el daño y el hecho dañoso ha constituido históricamente un presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil. Por su parte el tratadista DE ANGEL YAGÜEZ (1993), precisa que la relación de causalidad es otra de las condiciones de existencia de responsabilidad civil; cuya expresión significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la

producción del resultado dañoso; es decir que entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto. (p.751)

De acuerdo con la doctrina, el nexo de causalidad requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado -causas materiales o de hecho- y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño -causalidad jurídica-. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, que de facto sea constatable que determinada conducta produce determinado daño, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aún por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, denominados criterios de imputación objetiva. El análisis de ambas es en ocasiones realizado de manera paralela, pues puede resultar difícil determinar si un hecho fue la causa de un daño sin saber si ese hecho es atribuible a determinado sujeto de acuerdo a los criterios que le impondrían a él responder por el mismo. Es difícil en un mismo proceso de análisis deslindar los dos, ya que también es importante precisar cuál de las distintas causas ha de ser tenida en cuenta para establecer qué patrimonio ha de responder.

En la doctrina mayoritaria la tesis más aceptada es la de la *conditio sine qua non*, también conocida como la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ésta propone darle igual importancia a todas las condiciones que pudieron haber producido el daño, y hacer un ejercicio mental de supresión de cada una de ellas hasta determinar con cuál de las conductas el daño no se hubiese presentado. Se considera correcta

para determinar lo único que se quiere en este punto, a saber, la existencia o no de relación de causalidad entre la conducta y el daño (YZQUIERDO, 2001, p.189).

Siguiendo a MARTINEZ (2010), se tiene que, después de determinar la causalidad material, se acude a los criterios de imputación objetiva, que son los que permitirán determinar la causalidad jurídica. Esta imputación objetiva implica que no es suficiente la voluntariedad de la acción, sino que habrá de examinarse todo el proceso posterior desencadenante del daño para imputar la responsabilidad. Solo cabe atribuir aquel daño cuando razonablemente se derive de la conducta inicial según el devenir normal de acontecimientos.

En relación a la carga de la prueba del nexo de causalidad, salvo casos excepcionales, le corresponde asumirla al demandante, que es quien pretende la indemnización. Dicha carga no se modifica en los supuestos de responsabilidad objetiva, entendiéndose que no por ser objetiva le da la virtud de ser automática. El demandante no puede pretender que se le indemnice con la sola afirmación de un daño. Deberá probar el hecho generador, el daño y al menos los elementos que permitan analizar la relación causal entre ambos. No es que el demandante siempre tenga la carga de la prueba de todo, ya que por ejemplo en caso de que haya culpa presunta del artículo 1329 del Código Civil, no deberá probar la conducta del responsable para que se le atribuya dicho hecho, pero el hecho mismo si deberá probarlo.

Al respecto, el artículo 1321° del Código Civil refiere que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Para exonerarse de responsabilidad en este punto, el demandado podrá probar alguna de las circunstancias que rompen ese nexo de causalidad, tales como: el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el hecho de la víctima a los que se refiere el artículo 1971 del Código Civil. Y en el caso de la inejecución de la responsabilidad contractual se asume la teoría de la *causa próxima* conforme a lo indicado en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, el cual refiere que “...El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución...”.

Por otra parte, en la ejecución de responsabilidad civil extracontractual se acoge la teoría de la “*causa adecuada*”, conforme se puede apreciar en el artículo 1985 del Código Civil peruano, el cual indica que: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño de la causa adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

Para la Teoría de la Causalidad Adecuada, causa es aquella que generalmente es adecuada para producir un resultado. Según ESPINOZA (2002) Espinoza (2002, 119) es aquella que considera como causa de un evento, aquella conducta que en un

análisis ex ante, resulta la causa adecuada para determinar el efecto, de manera que la relevancia jurídica de la condición está en función del incremento, producida por ésta, de la objetiva posibilidad de un evento del tipo de aquél efectivamente verificado (p.119). De acuerdo a lo indicado, habrá causalidad adecuada cuando entre un acto o actividad y un daño, concluimos que su recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurra. BORDA (1994) añade que, al parecer todo se reduce a determinar si la acción u omisión a la que se atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede (p.236). Por su parte, Díez Picazo precisa que el pensamiento fundamental de la teoría de la causalidad adecuada es que, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua non* del daño, sino que es necesario además que, en virtud de los referidos juicios de probabilidad resulte una causa adecuada para ello (DIEZ PICAZO & PONCE DE LEÓN, 1964, p.338).

E. Factor de Atribución

La doctrina ha señalado que el factor de atribución constituye el fundamento del deber de indemnizar. Por su parte, el artículo 1314 del Código Civil, refiere que: “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación...”; en tal sentido, “...basta (...) actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la ejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular...” (OSTERLING, 1988, p.199).

En la doctrina y jurisprudencia existen dos principales factores de atribución: subjetivo y objetivo.

a. Factores de atribución subjetivos

De acuerdo al tipo de responsabilidad que se analice, se examinará el grado de diligencia y cuidado que era exigible y el que fue desplegado en el caso concreto. Aquí tenemos:

i. El dolo

Se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo. Para CONCEPCIÓN (1999) es necesaria una definición específica cuando se trata de dolo civil, entendiéndolo como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, aunque sea aquel genérico que impide causar daño a otro, y en relación con el daño, el dolo presupone el conocimiento de su producción, al menos probable, como consecuencia de la acción querida. (p.66)

En el dolo hay un voluntario incumplimiento y una consciente, deliberada y reflexiva conculcación de lo ordenado en el contrato, de allí que el artículo 1318

del Código Civil señale que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación; en tanto que el artículo 1969 señala que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

ii. La Culpa.

Para TABOADA (2003), la culpa es el fundamento del sistema subjetivo de la responsabilidad civil. Obviamente culpa, en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia y la imprudencia. La causación de daños por culpa es el supuesto de partida de nuestro sistema jurídico en derecho privado: todos estamos sujetos a deberes de cuidado, de precaución, y si al llevar a cabo una actividad los infringimos, habremos de responder civilmente por los daños causados, es decir, tendremos que repararlos. (p.97)

Ahora, la negligencia puede definirse como infracción de deberes de cuidado, caracterizándose como creación o incremento irrazonable de riesgos: toda actividad humana comporta riesgos, pero la mayor parte de los riesgos normalmente asociados a una conducta son riesgos permitidos. Se ha sostenido que la responsabilidad comienza allí donde el nivel razonable, socialmente admisible, económicamente sostenible, psicológicamente tolerable, éticamente soportable de riesgos sobrepasa el umbral de los riesgos permitidos. Los artículos 1319, 1320 y 1321 del Código Civil hacen referencia a la culpa, distinguiéndola en dos magnitudes: culpa inexcusable y culpa leve; en tanto que el artículo 1969 sólo hace referencia a la culpa en términos generales.

Algunos autores sostienen que debe entenderse aplicable a la responsabilidad extracontractual el mismo grado de diligencia que a la contractual. La doctrina afirma, por un lado, que cuando las normas hacen referencia a la culpa en responsabilidad civil extracontractual se comprenden todas las formas de culpabilidad, ya que “el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido” (DIEZ PICAZO, Derecho de Daños, 1999, p.352). DE TRAZEGNIES (1988) -respecto al artículo 1969 del Código Civil Peruano- nos dice que el Legislador se coloca en una posición subjetivista, atribuyendo responsabilidad, lo cual configura la obligación del pago por indemnización, por quien sea el culpable del dolo o culpa. (p.123)

En el ámbito contractual, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes podrán determinar la diligencia debida e incluso pactar qué actuaciones u omisiones específicas se consideraran como culpa. Pero en caso de no haberse pactado la diligencia debida, o que la ley no lo establezca para el caso concreto, se acudirá al modelo de buen padre de familia, comparando la conducta con lo que haría este agente en el mismo caso, bajo las mismas circunstancias externas de tiempo y lugar. El artículo 1314 señala que “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”; por lo tanto, se ha indicado que en principio no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no solo las previsiones y cuidados

reglamentarios, sino además todo lo que la jurisprudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa del agente. Ello ha conllevado a que, además de que se extreme la diligencia, se permita invertir la carga de la prueba en casos donde la Ley no ha consagrado nada al respecto.

b. Factores de atribución objetivos

Reconocidos autores de la doctrina española, entre ellos SALVADOR (2013), han establecido que el tercer gran supuesto de responsabilidad civil es la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo, que cubre los casos en los cuales el demandado responde por los daños que ha causado simplemente por haberlo hecho, aunque no haya habido ningún género de culpa o negligencia – ningún incremento irrazonable de riesgos o ninguna infracción de deberes de cuidado - de acuerdo con la regla de la responsabilidad objetiva, los agentes sociales responden por todos los daños que causan aunque no hayan incurrido en culpa o negligencia alguna: es responsabilidad por mera causación de daños, por creación de un riesgo que, en el caso, se concreta en un daño sufrido por un tercero.

La regla de la responsabilidad objetiva incentiva a los causantes potenciales de daños a adoptar los niveles requeridos de precaución, pero no incentiva a sus víctimas potenciales a adoptar ningún género de cuidado. Asimismo, la responsabilidad objetiva permite controlar no sólo la calidad de la

precaución de los agentes de actividad, sino también su nivel mismo de actividad.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1970 destaca el sistema objetivo basado en la idea del riesgo, como factor de atribución distinto, pero coexistente con el factor subjetivo de la culpa, de ahí que en el sistema subjetivo el autor de una conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha actuado con culpa, entiéndase dolo o culpa, mientras que en el sistema objetivo del riesgo, además del dolo y culpa, sólo se debe probar fehacientemente que la causa del daño es la conducta riesgosa o peligrosa sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad (TABOADA, 2003, p.36-37).

La doctrina española ha precisado que esta cuestión es una de las más afectadas con la evolución de la concepción de la responsabilidad civil, pues es en este elemento donde se ha transformado la imputación, volviéndose en muchos casos un factor sin análisis alguno de la conducta del responsable. Como destaca ROCA (2009), por medio del criterio objetivo se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada. El ejemplo más claro en los actuales sistemas de responsabilidad lo constituye el daño causado por la conducción de vehículos automóviles.

En este punto, la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa. Por lo tanto, responsabilidad por riesgo es la que no tiene como factor de atribución la culpa o el dolo del agente; recae sobre las consecuencias producto de actividades riesgosas o peligrosas, pese a que son estas del todo lícitas, pero que aparecen como objetivamente ilícitas al momento de producirse el evento dañoso. Considerando que la responsabilidad extracontractual tiene como efecto la indemnización a la víctima del daño; y, en virtud a ello existen varias teorías justificativas; y como bien dice De Trazegnies cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de ese daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otros individuos; y si es así, agrega que, resarcir es desplazar el peso económico del daño, esto es liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.).

Se ha indicado que quienes crean los riesgos deben garantizarlos contra los daños indemnizándolo; porque quien asume una actividad peligrosa o riesgosa debe ser consciente del daño ocasionado, por consiguiente debe tratar de prevenirlos, y, si no obstante esa actitud les causa, debe repararlo,

situación que va a la zaga con el Derecho Moderno, es decir una responsabilidad objetiva, con modernas coberturas del riesgo a través de seguros obligatorios (MOSSET, 1997, p.27). La llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que, toda actividad que crea para los demás un riesgo especial hace al autor de tal actividad responsable del daño, sin importar la existencia o no de culpa, bajo un principio de que una persona con su actividad se procura un beneficio, es justo que repare los daños que los produce. Bajo este contexto la Teoría de la Responsabilidad Objetiva es la creación de un peligro, y está referida a ciertas actividades que si bien son consideradas legítimas o útiles para la sociedad, pueden resultar peligrosas por las estadísticas siniestras, entonces deben ser resarcidas por quienes asumen dicha iniciativa. MEDINA (2003) señala que la responsabilidad objetiva convierte en responsable de un daño a su autor material, con independencia de que su actuación haya sido culpable o no. (p. 98)

La razón por la que se ha de responder objetivamente de un daño se halla en el riesgo que el agente pone en circulación (riesgo creado). La persona que desarrolla una actividad que entraña un peligro permitido y útil socialmente ha de pechar con las consecuencias derivadas de ella, aunque su actuación no haya sido culpable.

En materia contractual, aunque el Código Civil presente toda la responsabilidad basada en la culpa, es claro que frente a las obligaciones de resultado el factor de atribución al deudor será de carácter objetivo, sin un

análisis particular de su conducta. También es objetivo el factor de atribución de garantía que se da en el ámbito contractual en tres supuestos: vicios ocultos, evicción y saneamiento por hecho propio del transferente. Es importante aclarar en este punto que no se trata de que una vez la víctima pruebe el daño no haya posibilidad alguna de que el responsable se exonere. Se trata de que en uno de los elementos de la responsabilidad, que es la imputación objetiva, ya no es posible exonerarse probando diligencia y cuidado. El reclamado se tendrá que ir al nexo causal para desvirtuar éste, y así poder romper su responsabilidad.

2.5. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN.

La doctrina utiliza dos criterios para atribuir a una persona el daño sufrido por la víctima: la culpa, a la que se acompaña la negligencia; y, el criterio de la actividad desplegada, esto es el riesgo creado. Se tiene que la culpa o negligencia es el criterio de imputación utilizado de forma genérica y natural en todos los sistemas jurídicos de responsabilidad civil y que en el nuestro se encuentra previsto en el artículo 1969 del Código Civil de 1984 para la responsabilidad extracontractual; así como en el artículo 1321 del mismo Cuerpo Normativo, en relación a la inejecución de obligaciones o la denominada responsabilidad contractual. Por otro lado, por medio del criterio objetivo se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada, tal como lo prevé el artículo 1970 del actual Código Civil

peruano. En consecuencia, de acuerdo con estas propuestas, existen dos criterios de imputación: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, por el desarrollo de actividades normalmente peligrosas; es decir, la responsabilidad por riesgo.

A. Responsabilidad Subjetiva

El artículo 1969 del Código Civil establece que “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...”, de lo cual se tiene que el sistema de responsabilidad subjetivo se construye sobre la culpa del autor. Aquí debe tenerse en cuenta que el propio artículo citado establece que “... el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al su autor”, lo que significa que para nuestro sistema civil la culpa del autor se presume. FERNANDEZ considera que el contenido de la culpa a que se refiere el artículo 1969 del Código Civil debe ser realizado en términos de análisis de las capacidades de prevención de los sujetos; esto es, en términos económicos contrastados con la necesidad de incentivar el desarrollo de la tecnología en actividades que así lo requieran. Por esto, un problema de responsabilidad civil, debe ser afrontado con dos pasos sucesivos de análisis que decidirán el criterio de imputación a aplicarse: a) Primero: se identifican las capacidades de prevención de los sujetos. Si se presenta un supuesto de prevención bilateral, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil. Si se identifica un supuesto de prevención unilateral, deberá pasarse al siguiente paso de análisis. b) Segundo: identificado un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse el estado de la tecnología al que pertenece la actividad involucrada. Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969

del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por culpa. En cambio, si se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por riesgo.

B. Responsabilidad objetiva.

TARTUCE (2015) precisa que la responsabilidad objetiva, cuyo origen histórico se remonta a la teoría del riesgo, representa una evolución a favor de la víctima, teniendo por objetivo la obtención concreta de la indemnización (p.112). Ahora bien, el artículo 1970 del Código Civil peruano precisa que “Aquel que mediante... el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Aquí el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, frente a lo cual, siguiendo a TABOADA (2003), conviene precisar que el sistema objetivo de responsabilidad no entiende ni pretende que en los casos de daños causados a través de actividades riesgosas, no exista culpa del autor, pues ello sería absurdo e irreal (p. 100-101). Lo único que se pretende es hacer total abstracción de la culpa o ausencia de culpa del autor, de modo tal que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse además de la relación causal, la actividad como riesgosa. Tal es el significado de la noción de riesgo creado consagrado legalmente como factor de atribución objetivo en el artículo 1970° del Código Civil.

En este extremo debemos precisarse lo siguiente:

- a. La doctrina reconoce que existen determinadas cosas que poseen en sí mismas cierta potencialidad dañosa y que pueden considerarse peligrosas de acuerdo a un juicio de estimación de su peligrosidad, basado en criterios estadísticos y cuantitativos; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la pura y simple derivación del daño de la cosa es irrelevante, lo que en realidad cuenta, para efectos de la responsabilidad, es que un comportamiento humano haya alimentado el peligro del daño, y haya influido de tal forma en el origen del daño mismo; es decir, en el peligro y por este mismo medio, en el proceso dañoso que deriva de la cosa; pues, –siguiendo a Gastón Fernández y Leysser León-, el término actividad peligrosa implica la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio, y viene referido normalmente solo a una actividad en la cual el riesgo es particularmente evidente.

- b. De igual manera, la doctrina peruana ha indicado que a la hora de probar, no hay que prestar atención a una específica acción u omisión del que ejerce la actividad, sino que basta que el nexo causal exista, en términos de probabilidad, respecto del daño producido. Lo que implica que al Juez le corresponde considerar si el evento lesivo se ha presentado como una consecuencia probable de la actividad peligrosa, pues no hay que olvidar que se trata de una responsabilidad por riesgo típico de la actividad emprendida.

Por lo tanto, considerando que si la generación de peligro deriva de actividades humanas, interesará siempre analizar los supuestos de falta de prevención, por lo que un comportamiento negligente puede estar presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo; pues, se ha entendido como “peligrosidad” a la carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados.

Por su parte DIEZ PICAZO (1999) señala que la doctrina francesa esboza este sistema a raíz del tratamiento de los accidentes de trabajo. Dice este autor que la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa. (p.204)

En definitiva, se ha indicado que, en la responsabilidad objetiva se responde por el resultado producido por la práctica de una actividad intrínsecamente peligrosa, pero aceptada socialmente, hasta el punto que no puede excluirse sin grave peligro de la economía general. En estos casos, la ley permite la actividad, pero imputa a quien está habilitado para ello el resultado dañoso producido por la misma, razón por la cual obliga al aseguramiento. Es decir, que se está imputando la responsabilidad por el riesgo de la actividad empresarial y se utiliza un

argumento que pretende mantener un equilibrio entre la conservación de la culpa como criterio de imputación, cambiando el propio concepto de culpa.

Al respecto algunos autores consideran que la función compensatoria tiene su razón de ser en un sistema de responsabilidad por culpa, individualista, en el que el individuo debe responder por no haber actuado a la altura del nivel de diligencia exigido. En cambio la función distributiva tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa, para tener el derecho a una indemnización, o por ejemplo cuando establece la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente, conforme lo prevé el artículo 1981 del Código Civil peruano. Por ello siempre que existe responsabilidad objetiva se desarrolla paralelamente un mercado de seguros, las más de las veces obligatorio, que permite distribuir los infortunios entre muchas personas, como la referencia efectuada en el artículo 1987 del Código Civil de 1984 o el SOAT⁷, regulado a través de la Ley General de Transporte y Tránsito y su Reglamento. Por lo tanto, se sostiene con acierto que ambas funciones, la compensatoria y la distributiva tienen su fundamentación en superiores principios de justicia, correctiva o conmutativa y distributiva respectivamente.

⁷ El artículo 29 de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito señala que *“La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados”*.

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DEL RIESGO Y SU IMPLICANCIA EN LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

3.1. La Teoría del riesgo como sustento de la responsabilidad objetiva

3.1.1. Antecedentes

Uribe García (2005, 30) considera que la teoría del riesgo nació en Francia a finales del siglo XIX, cuando autores como Josserand y Saleilles, preocupados por los accidentes laborales que se quedaban sin indemnización, propusieron borrar toda idea de culpa del campo de la responsabilidad en los accidentes de trabajo para, de esa manera, relevar al trabajador de su prueba y que el patrón fuera responsable independientemente de cualquier culpa. Concluye este autor señalando que la idea central de la teoría del riesgo consiste en afirmar que toda actividad que genere un riesgo hace a su autor responsable de los daños que con esa actividad se causen a los demás, sin que la víctima tenga que probar que el autor del daño incurrió en culpa.

Se ha señalado que fue el proceso de industrialización el que impulsó con mayor fuerza la teoría del riesgo; pues, numerosas víctimas, especialmente los obreros, que sufrían un accidente a causa o con ocasión del trabajo, solían quedar privados de toda reparación. Esta situación tan injusta debía cesar, considerando además

que tales accidentes aumentaban y que no era posible mirar con indiferencia el caso de un individuo que, por un accidente en el trabajo, quedare sin reparación alguna y sumido por lo mismo en la miseria. Este escenario dio origen a la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva, formulada en 1888 en Alemania (pionera de las leyes laborales y de previsión social, bajo la conducción de Otto Von Bismarck), en 1894 en Italia; y, en 1897, en Francia.

La doctrina ha distinguido tres etapas de responsabilidad civil. El punto de partida de esta clasificación es la codificación francesa, la que sienta el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, y hace surgir el primer modelo. En este primer modelo lo que predomina es la culpa, la responsabilidad individual, con el acento puesto en el sujeto dañador y no en la víctima. Son características de esta etapa el predominio de la función punitiva de la responsabilidad civil, porque el acento no está puesto ni en la compensación de la víctima ni en la prevención de los ilícitos, por eso también la preeminencia de la culpa es casi absoluta. Hay asimismo una marcada tipicidad, porque solo se responde si se ha cometido un ilícito, requisito que con el tiempo se fue mitigando hasta desaparecer. El daño moral al igual que la responsabilidad objetiva prácticamente no existen, se reparan casi exclusivamente los daños patrimoniales.

Se ha indicado que el surgimiento del segundo modelo se ubica más o menos cerca de 1920 y, según se tiene, dura en el mundo hasta 1970 aproximadamente. Se inicia con el surgimiento de fallos emitidos en el common law. A partir de los referidos fallos, la responsabilidad del productor se extiende aún a favor de

aquellos con quienes no hubiere contratado y el factor de atribución deja de ser la culpa para pasar a ser la responsabilidad objetiva. El acento en este segundo modelo ya no está puesto en el victimario a quien hay que encontrar culpable, sino en la facilitación de la indemnización a la víctima a quien se considera inocente. La doctrina de la responsabilidad objetiva surge precisamente para que quien está en mejores condiciones de prevenir el daño y de indemnizar así lo haga. De la tipicidad del primer modelo se pasa a una interpretación flexible de la ilicitud. El imperio monopólico que tenía la responsabilidad subjetiva cede gran parte de su terreno a la responsabilidad objetiva. Culpa y responsabilidad objetiva pasan a convivir en un sistema que cobija a ambas según sea el tipo de actividad que cause los daños. Al no estar tan puesto el énfasis en la búsqueda de culpables sino de responsables que indemnicen a sus víctimas, la función compensatoria pasa a primer plano al igual que la función disuasoria.

En el caso del tercer modelo, sus primeras manifestaciones conviven con el primero y el segundo. En esta tercera etapa ya la responsabilidad civil trasciende a los sujetos privados. Otro síntoma de una nueva etapa son los intentos de superación de las reglas de responsabilidad subjetiva con la traslación de los costos a la sociedad o a los propios usuarios mediante un seguro.

ROCA (2009) considera que la doctrina utiliza básicamente dos criterios para atribuir a un sujeto distinto de la víctima el daño sufrido por ésta; esto es la culpa, a la que se acompaña la negligencia y el criterio de la actividad desplegada. Entre estos se coloca el riesgo. En tal sentido:

- a. La culpa o negligencia es el criterio de imputación utilizado de forma genérica y natural en todos los sistemas jurídicos de responsabilidad civil, conforme aparece también en el nuestro: artículos 1318 a 1331. Ello significa que la Ley obliga a una persona a asumir el daño causado a otra porque la actuación del primero no se ajustaba a los estándares de conducta aceptados en el ámbito en el que se ha producido el daño y, en consecuencia, no debe ser soportada por la víctima.

- b. Por medio del criterio objetivo se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada. El ejemplo más claro en los actuales sistemas de responsabilidad lo constituye el daño causado por la conducción de vehículos automóviles. En nuestro Código Civil, este criterio está previsto para el caso de la responsabilidad civil extracontractual, tal como se advierte del artículo 1971°.

De acuerdo con estas propuestas, se advierte la existencia de dos criterios de imputación claramente diferenciados: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva por el desarrollo de actividades normalmente peligrosas, es decir, la responsabilidad objetiva; sin embargo, resulta necesario hacer mención a la connotación de riesgo, a los efectos de su consideración como criterio de imputación. Al respecto, Díez Picazo señala que la doctrina francesa esboza este sistema a raíz del tratamiento de los accidentes de trabajo;

dice este autor que la llamada doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se pueda causar, sin que haya de buscar si ha existido o no culpa de su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa.

DE ANGEL YAGÜEZ (1993) considera que debe entenderse a la responsabilidad civil como la piedra angular del Derecho, porque representa la clave que garantiza la seguridad de las personas respecto a los daños y perjuicios que pueden sufrir por las conductas o actividades que vulneran sus derechos y por los riesgos y peligros a los que todos estamos expuestos al vivir en una sociedad cada vez más plagada de conductas y actividades que los generan, una vez producido el daño, se hace derivar de la culpa en que haya incurrido el agente de la acción u omisión que merece la calificación de ilícito civil. (49)

No obstante lo indicado, debe tenerse en cuenta que en el moderno Derecho de Daños se pone la mirada en la protección de la víctima, reformulando los presupuestos de aquella institución. En este sentido, las modernas tendencias postulan una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud, centrando toda la teoría, sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del daño sufrido. Por su parte, BESALÚ considera que

en el moderno Derecho de Daños se llega a admitir la resarcibilidad de los daños lícitos, prescindiendo de la antijuridicidad para centrar el sistema en el daño injustamente sufrido por la víctima, y no en el injustamente causado. Este criterio no significa que siempre deba ser resarcido todo daño. Lo que pretende evitar es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento, cuando no puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo de algún obrar dañoso. En suma, la responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.

3.1.2. Ideas directrices de la responsabilidad objetiva.

En la doctrina se ha discutido arduamente acerca de cuáles podrían ser los principios motores o las ideas directrices de la responsabilidad sin culpa, así como cuáles son los argumentos que servirían de justificación a dichos principios. Los más importantes, han sido resumidos en los siguientes:

A. El principio de la causalidad. Es el primero propuesto por la doctrina. Fue elaborado por Binding y Venezian, quienes sostuvieron que sencillamente es el hecho de haber ocasionado el daño, el que constituye el fundamento de la obligación de reparación. Esta posición es la que sirve de base a la teoría del riesgo en su forma más depurada y primitiva, la llamada por la doctrina francesa como teoría del riesgo puro o integral.

B. Principio del interés activo. Conforme a este principio, las pérdidas que pueden provenir de una empresa, incluyendo en éstas las indemnizaciones por los daños a terceros, son de cargo de aquél que obtiene beneficios de la misma empresa. Se ha indicado que las pérdidas y los daños provenientes de los accidentes inevitables ligados a la explotación de una empresa cualquiera, deben ser considerados, según la justa apreciación social, entre los costos de explotación de la misma.

C. Principio de la prevención. Frente a la dificultad que enfrentaba la víctima, en orden a probar la culpa del autor, se plantea que el único medio que puede poner fin a esta desventaja de la primera, consiste en la introducción de un sistema de responsabilidad que no permita al demandado liberarse de ésta mientras no pruebe que el accidente se debió a una causa por completo extraña a su voluntad. Se agrega que la responsabilidad objetiva puede ejercer incluso una influencia positiva por medio de esta responsabilidad inminente, estimulando al individuo a desplegar todas sus fuerzas y capacidades con el fin de evitar los daños que puedan surgir de su actividad. Por eso, algunos autores han dicho que esta responsabilidad tiene un efecto educativo.

D. Principio de la repartición del daño. Se inspira en la idea directriz según la cual, para poder soportar con los menores sacrificios posibles los daños que sobrevienen, conviene, sin tomar en cuenta el origen del daño y las obligaciones de reparación eventuales, adoptar la precaución que éstos daños

sean metódicamente repartidos entre los directamente interesados lo que se logra a través de contratos de seguros de responsabilidad. De este modo, se garantiza a las víctimas que efectivamente recibirán su indemnización. Se agrega que sin un complemento de este tipo, ningún sistema de responsabilidad podría considerarse satisfactorio.

3.1.3. Tendencias de la teoría del riesgo

Siguiendo a ORREGO, se advierte la presencia de diversas tendencias sobre la teoría del riesgo, las cuales se describen a continuación:

A. El riesgo integral

Se ha referido que el estado más primitivo de la teoría del riesgo y que satisface a algunos de sus partidarios, es la teoría del riesgo integral, que niega la necesidad de culpa para la existencia de la responsabilidad. La responsabilidad civil, para los partidarios de esta doctrina, existe desde el instante en que concurren un daño y la relación de causalidad entre éste y la actividad del autor. Lo fundamental para esta teoría es la existencia de una relación de causalidad, es decir, entre el hecho del cual deriva el daño y éste último. Los tribunales, de esta forma, deben constatar la existencia de este nexo para dar por establecida la responsabilidad, sin realizar un análisis de la licitud o ilicitud de la conducta del autor del daño. Lo único que debe probar la víctima del acto ajeno, para obtener reparación, será el perjuicio sufrido y el

vínculo de causa a efecto entre este perjuicio y el hecho en cuestión. Así las cosas, se precisa que ya no entramos a hacer el doble análisis que se efectúa en la responsabilidad subjetiva, a saber: buscar la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido, y buscar la relación de conducta o reprochabilidad entre el autor del hecho y el daño ocasionado. Se prescinde entonces de la noción de culpa, ateniéndose únicamente al resultado de la acción dañosa, de manera que el problema de la responsabilidad se traducirá en un asunto de causalidad y no de imputabilidad. Bastará por ende la sola producción del daño, aunque este evento no pueda ser imputado a dolo a culpa de su autor.

B. El criterio del “riesgo provecho”

Es el seguido por la mayoría de la doctrina. Según este criterio, la responsabilidad nacida del riesgo provecho es aquella que obliga a reparar los daños producidos, aún sin culpa, por una actividad que se ejercía en el propio interés y bajo la autoridad del que causa el daño. En este contexto, se afirma que la sociedad entera y algunas personas en particular, se benefician de los progresos mecánicos e industriales que marcan nuestra actual civilización. Estos progresos, si bien proporcionan diversas ventajas, aumentan el peligro de ocasionar daños a terceros. Lo que esta teoría quiere subrayar es que el que obtiene de una actividad mayor provecho debe soportar sus riesgos. Se dice que, es justo que aquellos que particularmente gozan de tales ventajas, respondan de los daños, aun prescindiendo de la culpa; pues, los beneficios que gozan son suficientes como para suplir la existencia de la culpa.

Se ha indicado que, bajo este principio, quien crea un riesgo adicional al simple hecho de vivir, al realizar una determinada actividad para obtener un beneficio, debe responder por todos los daños que se causen a terceros en ejercicio de tal actividad; por lo tanto, la teoría del riesgo provecho se justificaría, entonces, por una idea de justicia, equidad y solidaridad. Por su actividad, el hombre puede procurarse un provecho; entonces, es justo que por reciprocidad repare los daños que ocasiona a los demás.

FERNANDEZ considera que, para justificar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, en sede objetiva, se ha recurrido también a la idea del “riesgo beneficio” que pretende justificar la responsabilidad objetiva en los beneficios logrados por quien ejerce una actividad riesgosa. Precizando que la peligrosidad es la carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados.

C. El criterio del “riesgo creado”

Se trata de una variante del criterio anterior, considerando la expresión “*provecho*” en un sentido amplio. La responsabilidad se funda en los riesgos que la actividad o trabajos que cada persona crea para los demás. La responsabilidad basada en el riesgo consiste en la obligación de reparar los hechos dañosos producidos por una actividad que se ejerce en el propio interés.

Se enfatiza que la responsabilidad por riesgo se origina por las consecuencias dañosas acaecidas en actividades o conductas lícitas que recaen sobre quien crea riesgos o peligros. Se destaca por ende que se trata de actos lícitos, pero que generan responsabilidad.

Se diferencia esta posición de la tesis del riesgo provecho en la medida que no se trata de un beneficio económico particular, sino de la consecuencia inevitable del actuar del hombre en general; los elementos que constituyen la teoría del riesgo creado y de conformidad con la posición de Trigo Represas y López Mesa, son los siguientes: “1. Su fundamento se halla en la equidad y en la justicia distributiva. 2. Presupone un cierto grado de peligro (riesgo específico de circunstancias objetivas). 3. La imputación no se basa en el materialismo inevitable de que “quien rompe paga”, por lo que no equivale a la mera causación material del daño. 4. Debe existir tolerancia del peligro por todos los perjudicados y el perjudicado carecer de medios para defenderse. La coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad se caracteriza por ser ineludible. 5. El daño sobreviene en relación interna con la fuente del riesgo (no se responde por los riesgos extraños a la explotación o a la actividad calificada de peligrosa debidos a fuerza mayor o sucesos inevitables). 6. No se trata de una reparación ilimitada ni de una reparación plena. Por el contrario, se produce por lo corriente una fijación de máximos indemnizatorios” (LÓPEZ & TRIGO, 2005, p.785). Según Reglero Campos, a pesar de que la teoría del riesgo ha sido acogida desde diferentes perspectivas, en su mayoría los criterios objetivos de atribución se “reducen al riesgo

generado como consecuencia de una determinada actividad, productiva o no, y sobre todo a la falta de equidad que representa el hecho de que sea el perjudicado quien haya de soportar las consecuencias dañosas de tales situaciones sin que medie una razón suficiente que justifique la imputación del daño a la víctima”.

D. Criterio del carácter subsidiario de la teoría del riesgo

Intenta conciliar la noción subjetiva de culpa y la objetiva de riesgo. Postula que, en principio, la reparación del daño debe ser demandada a quien actúa culpablemente. Pero, hay casos en que la culpa no puede ser demostrada y en que la equidad exige de todos modos una reparación. En este evento, corresponde aplicar, a título subsidiario solamente, la noción de riesgo. Este concepto se coloca entonces junto al de la culpa para la obtención de un equilibrio más satisfactorio entre los intereses en juego. La idea de culpa se completa, se tonifica con la concepción de la teoría del riesgo, que es más moderna y satisface de mejor forma a la víctima.

Conforme a lo expuesto, se ha indicado que no debe creerse que el fundamento de la responsabilidad civil sea único, ni tampoco puede atribuirse un rol exclusivo al riesgo, como fundamento de la responsabilidad civil. En definitiva, hay que admitir la necesidad de la culpa, pero sólo en ciertas esferas. La responsabilidad civil responde a un valor humano, más que a una causalidad física, pues debe establecer entre los hombres el orden y el

equilibrio. Y es la responsabilidad fundada en la culpa la que tiene esta virtud esencial de poner límites a la libertad del hombre, previendo que si tal libertad se usa mal, negligente o imprudentemente, se corre el peligro de sufrir una sanción. Por el contrario, la responsabilidad fundada sobre el riesgo descansa exclusivamente en un equilibrio material, conforme a una idea de equidad impersonal. Así las cosas, el riesgo creado viene a ser un sistema residual en la responsabilidad civil, que se aplica en algunos ámbitos ya circunscritos por la Ley, pero de ninguna manera desplaza a la culpa como apoyo básico de todo el sistema.

Por su parte, el Tribunal Supremo español⁸ señala que el riesgo actúa como criterio de imputación objetiva, asociado a la causalidad jurídica, cuando resulta relevante para la producción del daño, porque no siempre que se produce un resultado dañoso se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces o insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a una responsabilidad objetiva pura o por daño.

3.1.4. Imputabilidad del causante del daño y la relación de causalidad.

REGLERO (2006) señala que, desde hace ya algún tiempo que viene manifestándose en la jurisprudencia una cierta tendencia a reconocer la validez de la “presunción de causalidad”, cuando, ignorándose cuál ha sido la causa concreta

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo español 1ª, 24.07.2008 (RJ 2008\6285) http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/

y exacta que provocó el daño, existe una razonable probabilidad de que éste se haya debido a la conducta o actividad del demandado (p.379). Claro está que esta presunción se destruye cuando el demandado logre acreditar que existió otra causa determinante que le era totalmente ajena o que no le era objetivamente imputable; sin embargo, se tiene que una de las reglas recientemente invocada por el Tribunal Supremo español ha sido la doctrina recogida en la máxima *res ipsa loquitur*, que responde a una corriente generalizada en Europa, que autoriza al demandante de una indemnización a obtener una compensación por los daños y perjuicios sufridos sin necesidad de aportar prueba de la negligencia del o de los demandados, cuando las circunstancias de la producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado aquéllos las exigencias de la diligencia debida (DIAZ-REGAÑÓN, 2006). Esto implica que, la propia jurisprudencia ha ido tomando un sesgo bastante acusado hacia la creación de una responsabilidad sin culpa, buscando que cualquier daño sea indemnizado y creando para ello una evolución de los criterios jurisprudenciales en materia de factores de atribución de responsabilidad, distribución de la carga de la prueba, cláusulas modificativas de la responsabilidad, extensión del resarcimiento, etc. Así, tenemos –como se dijo– que se recurre a la Teoría de la *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), frente a lo cual BULLARD (2010) señala que tal doctrina es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo. (p.758-759)

Frente a estas ideas, la doctrina más actual distingue cuando habla de causalidad entre la explicación natural del suceso que causó el daño (causalidad fáctica) y la decisión normativa que pone a cargo de un sujeto la responsabilidad por el daño causado (imputación objetiva o ámbito de responsabilidad), (SALVADOR & FERNÁNDEZ, 2006). Evidentemente, la cuestión de la identificación del responsable del daño es una cuestión de causalidad, que en nuestro caso obliga en primer término a hablar de una causalidad fáctica meramente probabilística o hipotética, en cuanto que la acción de cualquiera de los partícipes pudo haber causado o simplemente favorecido la producción del resultado, en términos de la más estricta concepción de la teoría de la equivalencia de las condiciones. La ignorancia sobre la causalidad material y directa del daño traslada la cuestión a un segundo plano en el ámbito de la relación de causalidad.

Cabe precisar que el elemento moderador de la objetivización de la responsabilidad y de la teoría del riesgo es el nexo causal. La doctrina define este concepto al señalar que la relación de causalidad es el enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo sucede uno después de otro, sino que aquél, sin éste, no se hubiera producido. Se distingue entre una causalidad física y otra causalidad susceptible de generar una imputación jurídica. En este sentido, se señala que no toda causa generadora de un resultado dañoso merece un reproche por el mismo. Podemos decir, entonces, que el demandante debe aportar la prueba de la conducta del causante del daño, la producción de un daño y, finalmente, la existencia del nexo causal entre conducta y resultado. Pero, además, se requiere

que la conducta causante del daño sea susceptible de reproche, que se dé una igualdad entre nexo causal e imputación objetiva.

Ahora bien, se ha indicado que la Teoría de la imputación objetiva resuelve el problema de la causalidad a través de diversos criterios de imputación (como el de la causalidad adecuada, la exclusión de los riesgos generales de la vida, el criterio de prohibición de regreso o el incremento del riesgo de que se produzca el evento dañoso, entre otros). Los criterios de imputación objetiva se aplican tanto a los casos que se han de resolver conforme a un criterio de responsabilidad por culpa o negligencia, como aquellos otros donde son aplicables criterios de responsabilidad objetiva. Siguiendo a la mencionada teoría, uno de los criterios de imputación es el que exige una interpretación finalista de la norma de conducta culpablemente infringida. De acuerdo con este criterio, sólo serán indemnizables aquellos daños para cuya evitación, precisamente, se impone el deber infringido. La función inmediata del criterio del fin de protección de las normas es determinar la finalidad concreta y típica del deber de cuidado lesionado y la clase de daños que éste debe de impedir o evitar. Así, si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar por el establecimiento del deber, el autor está exento de responsabilidad (MÚRTULA, 2010).

Aunque en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva sus defensores afirman que hay que diferenciar claramente el plano causal del juicio de responsabilidad; sin embargo, DÍAZ-REGAÑÓN (2004) considera que llevaría a tener que valorar

la “previsibilidad” como elemento de imputación del resultado y por ende de la causalidad jurídica. El criterio de previsibilidad, interpretado de forma objetiva, se equipara al de probabilidad del resultado. De tal forma que la acción a la cual denominamos causa sería imputable a un sujeto (o a varios de ellos) cuando era probable que pudiera producir un daño. La cuestión radicaré para el Juez en valorar el grado de probabilidad del daño para que el mismo pueda ser imputado objetivamente a los demandados, lo que no resulta sencillo.

3.1.5. Supuestos de calificación de la actividad riesgosa.

El artículo 1970 del Código Civil peruano de 1984 señala que “Aquel que mediante... el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”; en cuyo caso, la Corte Suprema, citando a Le Tourneau, indica que “toda actividad que provoque un riesgo para otro toma a su autor en responsable del perjuicio que dicha actividad pueda causar, sin que tenga que probar la culpa como origen del daño. Impregnada por el valor moral de la solidaridad, la teoría del riesgo para fundamentarse sobre todo en una idea de justicia elemental: por su actividad, el hombre puede procurarse un beneficio (o un placer); como contrapartida, él debe reparar los daños que provoca...” (GALDÓS, 2016). Por su parte el artículo 1757° del nuevo Código Civil y Comercial argentino precisa que “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las ... actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”; de cuya disposición normativa se aprecia tres supuestos de calificación

específicos, exigencia que no tiene el Código nuestro; sin embargo, se tiene que ambos hacen referencia a actividades riesgosas y peligrosas, por lo que resulta pertinente abordar cada uno de ellos, para poder comprender a cabalidad su funcionamiento, para cuyo propósito seguiremos el comentario de GALDÓS (2016), quien refiere que se debe tener en cuenta:

a. Actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza. Las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas. En ellas el daño constituye una consecuencia constitutiva propia o inherente de la actividad; el daño está naturalmente asociado a ella, y si bien adoptando las medidas de seguridad adecuadas es evitable, se trata de una contingencia con un alto grado de probabilidad de producción. La aptitud dañosa, su potencialidad como fuente productora de daños es patente, se revela “per se” y sin mayores indagaciones teóricas o prácticas.

b. Actividades riesgosas o peligrosas por las circunstancias de su realización. Señala el autor citado que, en la jurisprudencia argentina, se ha considerado que las actividades peligrosas por las circunstancias de su realización son aquellas en la que no obstante no revestir un peligro regular o constante las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra. En esta categoría el daño es producido no tanto por la actividad en sí misma, sino por las modalidades, particularidades o maneras de su realización. Mosset Iturraspe, citado por el mismo autor, alude a

las actividades que “no representan en sí mismas una notable potencialidad de daños a terceros”, sino que son “normalmente inocuas” pero se tornan peligrosas por la “conducta de quien las ejerce”; y ejemplifica señalando a las actividades agrícolas, la gestión de un supermercado, el embotellamiento de gaseosas, la producción de garrafas, la distribución de neumáticos, etc.

Agrega Galdós que, bajo esta hipótesis calificadora se comprende el llamado riesgo circunstancial. Esto significa que para calificar como riesgosa una actividad determinada, deberán ser tenidas en cuenta también las circunstancias vinculadas a las personas, tiempo y lugar en que se desarrolla dicha actividad antes de poder calificarla como riesgosa (vgr. ninguna duda cabe de que una actividad realizada en un lugar apropiado puede ser considerada “no riesgosa”, mientras que si el lugar fuera inadecuado la nota de riesgo aparecería en forma indudable); de forma tal que el llamado riesgo circunstancial es significativamente más amplio que el riesgo definido por los medios empleados o por la posibilidad de control.

c. Actividades riesgosas o peligrosas por los medios empleados. La actividad es riesgosa o peligrosa por los medios empleados cuando normalmente es inocua, pero adquiere aquella cualidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han

aumentado la probabilidad de riesgo. Se trata de una categoría muy cercana a la anterior (por las circunstancias de realización) y a veces de difícil distingo por sus similitudes.

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN EL TRATAMIENTO LEGAL ESPECIAL DE LA INDEMNIZACIÓN EN ACTIVIDADES DE RIESGO

4.1. La insuficiencia de los factores de atribución adoptados por el Código Civil de 1984 para dichas fuentes de generación de daño.

No cabe duda que el ser humano ha entrado en posesión de especializados conocimientos, creadores de avances tecnológicos sin precedentes; sin embargo, tal desarrollo va acompañado de un haz de peligros de todo orden, variados y amenazantes, que han conducido a legisladores y a jueces a adoptar soluciones acordes con tal evolución; de ahí que el tema de la responsabilidad civil se ha visto significativamente ensanchado por el crecimiento de una vida cada vez más compleja, la cual ha puesto al hombre en presencia de un adelantamiento tecnológico y científico asombroso, pero que, al compás de dicho progreso, lo ha expuesto a incontables riesgos y peligros. Por esta razón se hace necesario un mayor desarrollo en cuanto a la reparación de los daños que le inflige su propio medio.

Ahora bien, cabe precisar que la doctrina utiliza dos criterios para atribuir a un sujeto, distinto de la víctima, el daño sufrido por ésta: la culpa, a la que se acompaña la negligencia, y el criterio de la actividad desplegada, siendo que entre éstos se coloca el riesgo. Por su parte ROCA (2009) señala que, por medio del criterio objetivo se imputa a una persona el daño que produzca la actividad desarrollada, con independencia del

nivel de contribución del imputado en la producción del daño ni de la diligencia desplegada. Agrega que, por lo que respecta a la responsabilidad por riesgo, obviamente la creación del mismo se traduce en una acentuación del nivel de diligencia exigible por parte de quien lo crea y lo controla, o debe controlar, pero el riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad, y ello es relevante para la ponderación del nivel de diligencia requerido, que en todo caso ha de ser el proporcionado a la importancia del riesgo concreto, y en atención a las circunstancias de la actividad, personas, tiempo y lugar.

Ante el contexto descrito, en el ámbito jurídico, resulta necesario concretizar un tratamiento especial para poder afrontar las nuevas situaciones que se generan como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos y los nuevos riesgos que ello conlleva para la persona; pues, la previsión normativa general prevista en el artículo 1970 del Código Civil de 1984 resulta insuficiente, siendo que en el ámbito comparado, el antecedente legislativo más importante sobre la actividad peligrosa se encuentra en el Código Civil italiano de 1942, el cual en su artículo 2050 dispone que “aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”; en tanto que el Código Civil y Comercial argentino vigente, en su artículo 1757, incluye expresamente la responsabilidad por el daño causado por “*las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización*”, agregando en su artículo 1758, que en tal caso la responsabilidad es objetiva y resulta legitimado pasivo “*quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por*

terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial". Se advierte claramente que el referido Código si bien no define a la actividad riesgosa o peligrosa, pero enumera los supuestos que la califican; sin embargo, nuestro Código Civil ni siquiera establece tal distinción de presupuestos, razón por la cual, en la doctrina nacional, encontramos autores como AVEDAÑO (2005) quien refiriéndose al artículo 1970 de dicho cuerpo normativo, ha propuesto incluso omitir la referencia a los bienes riesgosos o peligrosos, por cuanto se asume que esta calificación es arbitraria y limitante. Arbitraria, debido a que al determinar el carácter de "peligrosidad", la mayoría de las veces se confunde la naturaleza del bien con la utilización que se hace del mismo; por ejemplo, un lápiz puede ser calificado como inofensivo, pero si se usa para agredir físicamente a una persona deja de serlo y, en buena cuenta, lo que se debe tener presente es la "actividad", entendida como una práctica reiterada, para la calificación del "riesgo" o del peligro. Limitante, porque curiosamente, no existe –como en otras experiencias- un precepto general de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por los bienes (sean o no peligrosos). Es en atención a ello que se mantiene la responsabilidad objetiva por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa.

GALDÓS (2016) considera que debe tenerse en cuenta que toda actividad, que una vez desplegada su estructura o comportamiento, genera más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo un hombre común y corriente. Señala que esta peligrosidad surge esencialmente porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles, debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos. Indica que es necesario, por lo tanto, diferenciar

la teoría del riesgo del concepto de riesgo inherente a la actividad peligrosa como tal. Este último se debe precisamente a que este tipo de actividades por el desequilibrio o la alteración en las fuerzas que genera, bien sea la actividad desplegada o la cosa en sí por la multiplicación de energía o movimiento, generan de esta manera más peligros de daño de los que generaría una actividad normal. La teoría del riesgo como tal es un factor de imputación que conlleva a la aplicación de un régimen conceptual y probatorio especial, conocido como responsabilidad sin falta u objetiva, en donde el daño toma una posición determinante frente a la falta y del cual sólo se puede exonerar mediante la prueba de una causa extraña (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o culpa exclusiva de un tercero).

Por lo tanto, es claro que el régimen de responsabilidad por actividades riesgosas surge como una respuesta jurídica a los riesgos creados por los avances tecnológicos de los últimos tiempos, dentro de los que se destacan este tipo de actividades, las cuales, aunque necesarias, por su naturaleza pueden generar riesgos o lesiones a los ciudadanos, de ahí que se haya indicado que la justificación de tal circunstancia puede encontrarse en la teoría del análisis de las capacidades de prevención, de donde se concluye que el costo del daño debe gravar a aquel sujeto de la relación que está en grado de soportarlo de modo más económico posible; de lo cual se tiene que, desde una óptica objetivista, debe juzgarse correcto que en la responsabilidad por el ejercicio de actividades de riesgo, el núcleo constitutivo prescinde de la existencia de un comportamiento culposo y requiere solo que la acción sea llevada a cabo por quien ejerce una actividad riesgosa, durante cuyo ejercicio se produzca un daño injusto; por lo tanto, dice Franzoni –citado por FERNÁNDEZ & LEÓN-, la relación entre hecho y

daño se establece, entonces, con prescindencia de la culpa, y el efecto del resarcimiento depende exclusivamente del ejercicio en concreto de una actividad peligrosa. Fernández Cruz agrega que el principio que sustentaría la responsabilidad objetiva estaría vinculada al hecho de que aquel que ejercita actividades riesgosas debe responder por todos los daños que tal actividad cause a terceros, ello por cuanto es razonable pensar, el que desarrolla la actividad que genera el peligro es quien puede dominar o evitar los peligros creados.

Sin embargo, la Corte Suprema, ha señalado que “... sin duda, que el factor de atribución sea objetivo, no implica *per se* que los demandados deban necesariamente reparar el daño, pues es posible que no exista relación causal que vincule el hecho y el perjuicio causado o que existan supuestos de fractura de dicho nexo”⁹, señalando además que “... en virtud a la relación de causalidad debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil y no nacerá la obligación legal de indemnizar. Finalmente, en lo relativo a los factores de atribución, éstos pueden ser subjetivos (dolo o culpa del autor) y objetivos, los cuales tienen diversas expresiones ya sea se trate de un caso de responsabilidad contractual o de la extracontractual...”¹⁰. De lo cual se advierte que la relevancia radica en la relación de causalidad para determinar si se responde o no por el daño provocado en una responsabilidad objetiva, lo cual no siempre resultará razonable en actividades de riesgo, en donde lo más importante, según nuestra apreciación, radica en la imputación,

⁹ Casación N° 2530-2013-JUNIN. Considerando octavo.

¹⁰ Casación N° 1189-2014-LIMA. Considerando séptimo.

más allá de la relación causal, la cual de presentarse generaría un daño no resarcible en la víctima, lo cual no puede ser tolerado en un Estado Constitucional de Derecho, en donde la persona humana es el fin supremo del Estado y de la sociedad, y el hecho de que existan actividades lícitas que impliquen riesgo no debe conllevar a la exoneración de quien las promueve, en caso se generen daños.

Es necesario, además, resaltar que hay que tener parámetros para catalogar una actividad como riesgosa o no riesgosa, para que de esta forma no se califique cualquiera actividad como tal. En este sentido deben entonces tomarse en cuenta factores como la naturaleza de la actividad, las circunstancias en que se realiza ésta, los medios empleados, el riesgo que genera la actividad, el daño, el nexo causal, entre otros factores; pues, hasta ahora, la práctica judicial ha identificado o catalogado algunas actividades como peligrosas, como los combustibles, los explosivos, las redes de energía, la conducción de vehículos y aeronaves, las armas de fuego, los hospitales psiquiátricos, las fumigaciones aéreas, los gases residuales, entre otras., cuya lista no es taxativa de ninguna manera.

Hace varios años ya se advertía que el carácter riesgoso de la actividad deviene de su peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar que la tornan peligrosa para terceros. Puede vincularse con su propia naturaleza, con los medios o elementos utilizados y con las metodologías empleadas para desplegar ciertas actividades, las cuales deben ser gobernadas por su titular; sin embargo, la doctrina advierte que la valoración de las circunstancias debe realizarse en abstracto y que constituye una noción jurídica abierta y flexible (PIZARRO, 2006).

Galdós, citando a Julio Rivera, agrega que aludiendo a la actividad riesgosa en el Proyecto de 1998 del Código Civil y Comercial argentino se dijo que “*se ha pasado a la actividad riesgosa como factor de atribución. (...) los daños típicos de la sociedad posindustrial no pueden contenerse en el esquema tradicional de la responsabilidad por culpa, ni aun en la imputación objetiva por la intervención de cosas riesgosas o viciosas; es que todos esos daños presentan un denominador común: su dañosidad deriva de alguna actividad riesgosa*”; lo que implica que se postula a la actividad económica *en sí misma* como factor de atribución de responsabilidad, siendo que en la órbita extracontractual se fracciona la responsabilidad en la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios; por su parte GHERSI (1997) señala que el aumento de las causas de dañosidad producidas por el industrialismo (accidentes de trabajo, riesgos derivados de actividades, de utilización de cosas, de productos elaborados, etc) que exponen a la persona humana a mayores riesgos, ha revelado la insuficiencia e injusticia del principio tradicional de atribución subjetiva basado en la culpa del autor del daño (p. 143-144). Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con un criterio más solidarista, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, que prescinde de la culpa como factor de atribución y tiene en cuenta otros criterios basados en valorizaciones económicas, sociales, etc., que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y puede ser trasladado económicamente a un tercero. La reparación del daño es consecuencia entonces de la incorporación de un elemento potencialmente dañoso y del beneficio obtenido con su utilización, que impone correlativamente la obligación de asumir la responsabilidad de reparar los daños causados.

Mosset Iturraspe explica que la doctrina italiana diferencia entre la “peligrosidad de la actividad” de la “peligrosidad de la conducta”. Conducta y actividad –acota- constituyen la clase de la distinción: la primera se juzga aisladamente y en sí mismo, pudiendo darse la negligencia, imprudencia o impericia que de existir la tornan peligrosa; la segunda encierra en sí misma el peligro, marginando la culpa.

Ahora bien, la importancia de delinear y delimitar las nociones de actividad –primero- y la de su calificación en riesgosa y peligrosa –después- radica en la necesidad de evitar desbordes conceptuales que desnaturalicen este factor de atribución objetivo. Como lo apunta la doctrina reciente, el vocablo “actividad” denota la existencia posible de uno o más hechos humanos, aislados o combinados con otros elementos mecánicos e inmateriales. Por su parte Galdós considera que la actividad riesgosa o peligrosa se constituye con una conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica, que puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas -aunque esto no es excluyente-, y de las que se desprende riesgo (la inminencia de daño) o peligro (la situación que puede generar daño). Agrega el autor citado que las actividades riesgosas *por su naturaleza* son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas, precisando que la jurisprudencia argentina ha sostenido claramente que *“la actividad será ‘riesgosa por su naturaleza’ cuando intrínseca y naturalmente, cualesquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente (v. gr. Explotación de energía nuclear)*. La actividad es riesgosa por *los medios empleados* cuando normalmente es inocua, pero adquiere peligrosidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o

sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado.

En definitiva, dice Galdós, la *actividad* consiste en una conjunción de personas, cosas, instrumentos o tareas, conectadas entre sí, que tienen una organización interna, y en la que el titular tiene -por sí o por terceros- un mínimo poder de control y de imposición de obligaciones tendientes, especialmente, a prevenir y asegurar su riesgo. De ahí que cabe considerar que es riesgosa o peligrosa la actividad en la que el riesgo (la inminencia de daño) o el peligro (la situación que puede generar daño), para quienes la desarrollan o para terceros, derivada de tareas, servicios, productos, sustancias o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico.

En definitiva, puede decirse que una actividad será riesgosa o peligrosa cuando (natural o circunstancialmente) resulta previsible (según el curso ordinario y normal de las cosas) que de su desarrollo se derivará la posibilidad cierta de ocasionar daños. Comprende los supuestos en los que el riesgo es ostensible y presumido “a priori” (ej. daño derivado de la actividad nuclear) y en los que se concreta en daño por las circunstancias propias y naturales de la actividad misma (vgr. de seguridad o vigilancia), o especiales y atípicas de su desenvolvimiento (vgr. trabajo con escaleras que carecen de soportes o medidas de seguridad adecuadas).

4.2. La relevancia constitucional de los valores jurídicos afectados en daños generados por actividades riesgosas

Como consecuencia de la ejecución de determinadas actividades riesgosas, la persona humana puede ser objeto de daños, lo que implica una afectación en determinados derechos fundamentales, razón por la cual, para comprender la importancia de la labor emprendida en el presente trabajo, resulta necesario establecer el marco constitucional en relación a los derechos fundamentales que pueden resultar afectados en los supuestos descritos.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “Los derechos fundamentales que la Constitución ha reconocido no sólo son derechos subjetivos, sino también constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional”¹¹; agregando que los derechos fundamentales no sólo vinculan al Estado, sino también a los propios particulares, por lo que siendo así, ha señalado que los mismos no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos; pues, “el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional”¹²; de ahí que “...la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional,

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 05680-2008-PA/TC (f.j. 2).

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 0008-2003-IA/TC (f.j. 5).

cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento...”¹³; y ello es así por cuanto la realización del Estado Constitucional y Democrático de Derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas; pues, estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible¹⁴, dado que en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares, en razón a la fuerza normativa de la Constitución, esto es su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

Es así, que resulta necesario efectuar el análisis en relación al contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos que consideramos pueden ser lesionados en el ámbito de la persona que es víctima de un daño en casos de actividades riesgosas; pues, el Tribunal Constitucional¹⁵ ha precisado que si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del Estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC (f.j. 18).

¹⁴ Sentencia emitida en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 002005-2009-PA/TC. (f. j. 25).

como elementos que legitiman y constituyen todo el Ordenamiento Jurídico, toda vez que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional. Efectuando un análisis razonado de los efectos que pueden provocar un hecho dañoso en el ámbito extrapatrimonial de la persona, consideramos que resultan afectados diversos derechos constitucionales; pues, PEREZ (2010) refiere que en virtud de la gran diversidad de actividades humanas que se llevan a cabo diariamente y, más aún, de la implementación de las máquinas en los diversos procesos productivos, asociado esto a los riesgos del desarrollo y operación de las mismas, es que se ha venido realzando la importancia de la persona humana unida a sus derechos y atributos. En tal sentido, los derechos cuya afectación es más concurrente en caso de daños generados por actividades riesgosas son: **a) Derecho a la Vida**, frente al cual el Tribunal Constitucional ha señalado que, en un Estado Social Democrático de Derecho, “la vida, entonces, ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad”¹⁶, ello debido a que considera que la persona está consagrada como un valor superior y el Estado está obligado a protegerla, dado que este derecho resulta ser el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos. De otro lado, el Tribunal Constitucional advierte que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en Exp. N° 1535-2006-PA/TC (f.j. 82). Igual criterio ha sido desarrollado en la STC N° 2945-2003-AA/TC; STC N.º 01535-2006-PA/TC.

al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable¹⁷, situación que se pone en riesgo en casos de hechos que generen consecuencias dañosas en la persona. Enrique Álvarez Conde enfatiza que el derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto, el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que ésta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato¹⁸. Por ello, es lógico suponer que un hecho que suponga la generación de daños extrapatrimoniales en la persona humana, derivados de la realización de trabajos o actividades peligrosas conlleva una grave afectación a un valor constitucionalmente protegido como es la vida.

b) Derecho a la dignidad. Se ha indicado que “la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales”¹⁹; en consecuencia, debe tenerse en cuenta que la generación de un daño en bienes extrapatrimoniales del ser humano va a conllevar como consecuencia una afectación al derecho a la dignidad de la persona humana, dado el impacto y la alteración que puede provocar el hecho dañoso, tanto en víctimas directas como por repercusión. **c) Derecho a la integridad física, psíquica y moral.** El Tribunal Constitucional ha señalado que “el respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en Exp. N° 00925-2009-PHC/TC (f.j. 7).

¹⁸ Citado por el Tribunal Constitucional en la STC emitida en el Exp. N° 2333-2004-HC/TC.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC (f.j. 217).

persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho”²⁰. Por su parte, la doctrina, entre ellos NOVAK & NAMIHAS (2004), ha hecho mención de que el derecho a la integridad personal “implica el derecho que tiene toda persona de mantener y conservar su integridad física (preservación de órganos, partes y tejidos del cuerpo humano), psíquica (preservación de habilidades motrices, emocionales e intelectuales) y moral (preservación de sus convicciones)”; por lo que, tal derecho es tratado desde su triple manifestación (p.165). El supremo intérprete de la Constitución señala que el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución direcciona conceptualmente la integridad en tres planos: físico, psíquico y moral. La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo, agregando que la afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc., como es el caso de una persona que es víctima de un hecho dañoso producido por terceros, o en la realización de actividades riesgosas. En cuanto a la integridad moral, ha dicho el Tribunal que esta se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC (f.j. 219).

comunidad conforme a la convicción personal de cada uno; y, la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales; por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano; por lo tanto, al igual que en el caso de la integridad moral, resulta invocable también el apartado h) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución. Así se advierte indudablemente que, frente a una circunstancia generadora de daños en el ámbito extrapatrimonial, la víctima se verá afectada en sus derechos a la integridad física, moral y psíquica, los cuales constituyen valores de protección constitucional. **d)**

Derecho al libre desarrollo y bienestar; en cuyo caso, el Tribunal Constitucional precisa que el libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona; por cuanto la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad. Por su parte SOSA (2010) manifiesta su desacuerdo con la calificación que efectúa el Tribunal Constitucional en relación a considerarlo como derecho implícito; y, por el contrario, señala que a partir de una interpretación iusfundamental, consideramos que el libre desenvolvimiento de la personalidad es un derecho constitucional expreso y equivale al libre desarrollo y bienestar enunciado en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución (p. 139). Ahora bien, es preciso tener en cuenta que este derecho constitucional podría limitarse en su ejercicio o afectarse en su contenido como consecuencia de un hecho dañoso que incida

en el aspecto extrapatrimonial de la víctima, ya sea de manera directa o indirecta; pues, las consecuencias del impacto incidirán en el libre desarrollo de la personalidad de quien resultó afectado por hechos u omisiones de terceros o en la ejecución de actividades riesgosas. e) **Derecho a la salud**, cuyo contenido constitucionalmente protegido “... comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida”²¹. Siendo así, el derecho a la salud garantiza a la persona el goce de un estado psico-somático pleno, por consiguiente, implica el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera”²². Por lo tanto, ha dicho el Tribunal, “la salud, por ende, es un derecho fundamental indiscutible y, como tal, generador de acciones positivas por parte de los poderes públicos...”²³; es decir, que “la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta”²⁴, por lo que atendiendo a que “...la salud es no solo un atributo esencial de carácter universal, sino que el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o hagan viable su

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 2002-2006-PC/TC (f.j. 6, 7, 11, 16 y 17).

²² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en Exp. N° 065340-2006-PA/TC (f.j. 7 y 8).

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en Exp. N° 05842-2006-PHC/TC (f.j. 43 y 44).

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en Exp. N° 00925-2009-PHC/TC (f.j. 6).

plena realización”²⁵; de lo cual se advierte que tal derecho sería seriamente afectado en el caso de ocurrir hechos dañosos en el ámbito extrapatrimonial de la persona humana.

4.3. La necesidad de lograr la íntegra reparación del daño en la persona de la víctima de actividades riesgosas y la concretización de la función preventiva.

El Principio de Integra Reparación, conocido también en su expresión latina como "*restitutio in integrum*", se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Se ha indicado que se trata de un principio que, aunque careciendo de formulación legal expresa en nuestro ordenamiento, ha sido asumido en instancias judiciales como resultado de una elaboración doctrinal y jurisprudencial. Se trata, en otras palabras, de que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido, en la medida en que dicho daño haya resultado imputable a un tercero.

Ahora bien, la doctrina ha precisado que, para que ello suceda es preciso que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo; y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado. En definitiva, según DE ANGEL YAGÜEZ (1993) la reparación ha de

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en Exp. N° 00925-2009-PHC/TC (f.j. 13).

encontrar el justo equilibrio entre la infracompensación y el enriquecimiento injusto del perjudicado; lo que implica que la función reparadora de la responsabilidad civil se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que aquél le acarrea (p.55). Por su parte HENAO (1998) señala que, la explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del Derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. (p. 45)

No obstante lo indicado, el problema se presenta con los daños no patrimoniales; pues, cuando de daños patrimoniales se trata es posible realizar, en todo caso, una apreciación concreta y precisa del perjuicio sufrido por el titular del interés afectado, apreciación que permite determinar el resarcimiento necesario, ya sea en forma específica, ya por equivalente, para lograr la justa equivalencia entre éste y el daño y, consecuentemente, para alcanzar la tan deseada reparación integral. Es cierto que, en ocasiones, como ocurre con los daños futuros o con los lucros cesantes, pueden plantearse problemas de prueba que lleven a reparar menos daños que los inicialmente alegados por el perjudicado, limitando la medida de la reparación hasta el límite de los perjuicios efectivamente probados, en coherencia con el requisito de la necesaria certeza y consiguiente prueba de los daños resarcibles. Pero, en cualquier caso y pese a tales dificultades de prueba, el resarcimiento de los distintos daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), siempre podrá, una vez acreditados aquéllos, alcanzar el equilibrio perseguido por el principio de la reparación integral. Por el contrario, cuando nos enfrentamos a la apreciación de los daños no patrimoniales, se evidencia que tales

perjuicios recaen sobre intereses de las personas que, por su naturaleza, son insustituibles e insusceptibles de equivalencia pecuniaria, dificultades éstas que impiden alcanzar una equivalencia entre el perjuicio y su reparación.

Para OSTERLING & CASTILLO (2003) la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitorio, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima. Simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido (p. 424).

De otro lado, aparte de las funciones resarcitoria y punitiva, se tiene establecido en la doctrina que la responsabilidad civil también tiene una función preventiva, es decir de actuación ex ante de que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda. La función disuasoria o preventiva, como su nombre indica, tiene la finalidad de disuadir a toda persona de causar daño alguno, para que en lo posible, tome las medidas de prevención necesarias para evitarlos. CONCEPCIÓN (1999) considera que, la función principal de la responsabilidad civil es la de indemnización y reparación, pero añade que debe tenerse presente la prevención. Este autor indica que el Derecho de Daños es un derecho eminentemente dirigido a la reparación del daño causado. Agrega que, esta obligación de indemnizar generará en el obligado el ánimo de no volver a cometer el hecho que dio

origen a la necesidad reparadora; de ahí que se diga que el Derecho de Daños es también un derecho preventivo. (p.46)

Se debe indicar que la función preventiva ha sido ampliamente analizada por los estudiosos del análisis económico del Derecho, claramente como una cuestión de costos más que de disuasión en sí misma. DIEZ PICAZO (1999) considera que la responsabilidad civil tendrá, si bien no en su plano principal, la necesidad de asumir una función preventiva para evitar los daños y también los excesos en costos que ellos generan, tanto para la sociedad como para la administración de justicia. Agrega Picazo que, de acuerdo con este planteamiento, la responsabilidad civil previene de dos formas: de manera general, pues el ciudadano trata de evitar que se le apliquen las consecuencias desfavorables de determinada norma y, a través de la prevención especial, en la medida en que se influye en las acciones futuras de la misma persona (p.206). Para DIEZ PICAZO & PONCE DE LEÓN (1964) la responsabilidad civil cumple además la función de distribución de los infortunios, lo que lleva a plantear el problema de determinar quién debe acarrearse con el daño causado (p.41). Esta función presenta una especial transcendencia a la hora de estudiar el desarrollo de la responsabilidad civil en el ámbito objetivo, sobre todo en el caso de los daños generados como consecuencia del desarrollo de actividades riesgosas, las cuales en sí mismas implican un riesgo potencial para los bienes jurídicos de las personas, razón por la cual la función preventiva encuentra su funcionalidad en estos casos, dado que proyecta un deber de prevención a los sujetos imputables objetivamente por tales actividades.

4.4. La optimización de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima del daño.

Conforme el Tribunal Constitucional (TC), la tutela judicial efectiva es: "... un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no sólo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia".²⁶

En ese sentido, el TC considera que la tutela judicial efectiva tiene dos planos de acción, es decir de forma previa y posterior a un proceso judicial. Así nuestro tribunal ha establecido que: "...la tutela judicial efectiva no solo persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia."²⁷

²⁶ EXP. N.º 763-2005-PA/TC

²⁷ Ídem

Conforme Rioja Bermúdez, la tutela judicial efectiva antes del proceso significa el derecho para exigir al Estado “provea a la sociedad de determinados requisitos materiales y jurídicos, los cuales son indispensables para resolver un proceso judicial en condiciones satisfactorias...Por su parte, la tutela jurisdiccional durante el proceso engloba un catálogo de derechos esenciales que deben ser provistos por el Estado a toda persona que se constituya como parte en un proceso judicial” (ARIOJA, 2013)”.

El artículo 4° del Código Procesal Constitucional prescribe que: *“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”*.

Del análisis de la sentencia y la doctrina se infiere que la tutela judicial efectiva comprende tres derechos fundamentales, estos son el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, el derecho a una resolución fundada en derecho, y el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, los mismos que son considerados como elementos de la tutela judicial efectiva.

El primer elemento, el derecho de acceso a la justicia implica la promoción de la función jurisdiccional de un Estado sin que medie impedimento irracional, conforme Rioja este se puede ejemplificar cuando una persona es parte de un proceso argumentando una pretensión, el sistema judicial del Estado entra en marcha, lo cual finalmente se concretiza en una decisión judicial.²⁸

El segundo elemento, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, se encuentra relacionado con el principio de motivación de las resoluciones judiciales, lo cual se encuentra amparado en el inciso 5) del artículo 139° de nuestra Constitución Política. Al respecto, el TC se ha pronunciado enarbolando el derecho a una sentencia debidamente justificada, la cual: “...no se agota en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma de crear convicción en determinado sentido del Juzgador”.²⁹ Luego, el derecho de motivación que permite a la parte que no encuentra conforme con una decisión judicial, recurrir la misma y continuar ejerciendo su derecho a la tutela judicial efectiva.

El tercer elemento, derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, está referida a aquellas que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Este derecho se encuentra reconocido (aunque no expresamente) en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución: “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a

²⁸ Ídem

²⁹ Exp. N° 4226-2004-A/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”.

El Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos precisan de mecanismos encargados de tutelarlos y de asegurar su plena vigencia; por lo que siendo así, a la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro Ordenamiento Jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos; pues, es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. En consecuencia, la tutela jurisdiccional efectiva constituye uno de los derechos constitucionales que tiene todo sujeto de derecho al momento de recurrir al órgano jurisdiccional, a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, utilizando para ello el Proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos; sin embargo, debe quedar claro que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no implica necesariamente el obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino más bien la atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a Derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello; es decir, este derecho supone obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede

ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N° 763-2005-PA/TC señaló que, cuando el ordenamiento reconoce el derecho de todo justiciable de poder acceder a la jurisdicción, como manifestación de la tutela judicial efectiva, no quiere ello decir que la judicatura, *prima facie*, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad. No es, pues, que el resultado favorable esté asegurado con solo tentarse un petitorio a través de la demanda, sino tan solo la posibilidad de que el órgano encargado de la administración de Justicia pueda hacer del mismo un elemento de análisis con miras a la expedición de un pronunciamiento cualquiera que sea su resultado. En dicho contexto, queda claro que si, *a contrario sensu* de lo señalado, la judicatura no asume la elemental responsabilidad de examinar lo que se le solicita y, lejos de ello, desestima, de plano, y sin merituación alguna lo que se le pide, en el fondo lo que hace es neutralizar el acceso al que, por principio, tiene derecho todo justiciable, desdibujando el rol o responsabilidad que el ordenamiento le asigna.

Actualmente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de manera específica, también lo tenemos regulada en nuestra legislación nacional vigente, en primer lugar, en nuestra Constitución Política, en el artículo 139°, numeral 3), el cual señala que es un principio y derecho de la función jurisdiccional. Asimismo, se encuentra prevista en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el mismo que prescribe que toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. De igual manera,

el artículo 7° de la Ley Orgánica de Poder Judicial señala que en el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. En la legislación internacional, está regulado en: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14° inciso 1) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso 1° del artículo 8°, respectivamente; en consecuencia, de procederse a la regulación específica de las indemnizaciones en caso de daños y perjuicios derivados de actividades riesgosas, teniendo en cuenta sus propias características, permitirá que la víctima directa o por repercusión de dicho daño, pueda obtener una tutela jurisdiccional más efectiva frente a la magnitud del daño sufrido, dado que se tomará en cuenta de manera amplia la naturaleza y supuestos bajo los cuales éste se genera, teniendo en cuenta el tratamiento específico de las condiciones exigibles para determinar el daño en tales circunstancias y no la regulación general que establece el artículo 1970° del Código Civil, sobre todo si no se toma como referencia primordial el factor de atribución vinculado al riesgo creado, sino a la actividad económica *en sí misma* como factor de atribución de responsabilidad civil; pues, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la ejecutoria del primero de diciembre de 2008 indicó ya que “la interpretación correcta del artículo mil novecientos setenta del Código Civil hace prescindir de la evaluación del factor de atribución, cuando la actividad realizada por la víctima es riesgosa..”, de lo cual se advierte un criterio de desvinculación del factor de atribución en este tipo de actividades; salvo claro está en el caso de responsabilidad objetiva cualificada, la cual, según Roca Trías, consiste en “... aquella situación en la que concurre o se produce una valoración objetiva de una cosa o servicio de conformidad con lo que el usuario tiene derecho a esperar” (ROCA, 2009); lo que implica que se utilizará este criterio de

imputación cuando haya concurrido una negligencia por parte de quien estaba obligado a evitar el riesgo; por lo tanto, es la propia negligencia la que se utiliza como criterio de imputación, mas no el riesgo; es decir, en estos casos viene matizado por el principio de que la actuación de la víctima que incide en la relación causal conlleva a la exclusión de la responsabilidad. Agrega Roca Trías, lo que respecta a la responsabilidad por riesgo, obviamente la creación del mismo se traduce en una acentuación del nivel de diligencia exigible por parte de quien lo crea y lo controla, o debe controlarlo, pero el riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad, y ello es relevante para la ponderación del nivel de diligencia requerido, que en todo caso ha de ser el proporcionado a la importancia del riesgo concreto, y en atención a las circunstancias de la actividad, persona, tiempo y lugar.

En tal sentido, atendiendo al incremento del riesgo que implica el desarrollo de actividades riesgosas en el ámbito actual, resulta necesario propiciar un mecanismo de tutela efectivo, a efecto de resarcir los daños que puedan generarse en las víctimas de tales actividades; pues, se ha indicado que "... el Estado no sólo tiene el deber de brindar la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial, en tanto el debido proceso sustantivo no solo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa, debiendo destacarse en este punto que la justicia se sustenta en la verdad, no existiendo sin verdad justicia..."³⁰; y ello es así, por cuanto, "el daño

³⁰ Casación N° 4280-2011-CAJAMARCA

jurídicamente indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial (...)³¹.

Cuando establecemos que la tutela jurisdiccional efectiva constituye un fundamento que justifica el tratamiento legal específico de la indemnización en caso de daños derivados de actividades riesgosas, hacemos referencia exclusiva a sus dimensiones de probanza y obtención de una sentencia integral y razonable, por cuanto el Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente N° 1014-2007-PHC/TC, ha señalado que, atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del Juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. Agrega que, en la medida en que el objetivo principal del proceso es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Por ello, dice el Tribunal, la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del Juez debe reunir las siguientes características: i) Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al Juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; ii) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden

³¹ Casación N° 1189-2014-LIMA.

jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; iii) Utilidad de la prueba, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; y, iv) Pertinencia de la prueba, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada.

Sin embargo, debe hacerse notar que, en el caso de la determinación de afectaciones en el ámbito subjetivo de la víctima, resulta extremadamente dificultoso probar en toda su magnitud el daño provocado; pues, si bien el artículo 1984° del Código Civil señala que “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”, agregando el artículo 1985° que “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (...)”; pese a ello, se desprende que, quien pretenda ser indemnizado, debe someterse a la previsión de la disposición normativa del artículo 196° del Código Procesal Civil, dado que en el ámbito extracontractual no existe disposición legal diferente que lo excluya de la carga de probar lo alegado en relación a dicho daño, además de tener que probar la concurrencia, claro está, de los demás presupuestos o elementos de la responsabilidad civil, sobre todo la relación de causalidad. REGLERO (2006) afirma que se puede llegar a definir, en consecuencia, que en los casos de responsabilidad objetiva o por riesgo, deben aparecer estrechamente vinculados por una relación de causa efecto, el sujeto agraviado con la conducta antijurídica del agente infractor del hecho que motiva la responsabilidad civil. El principio general de la

responsabilidad objetiva o por riesgo, es que el nexo causal entre la conducta o actividad del responsable y el suceso dañoso deben ser probados por quien reclama la reparación (p. 337). ROCA (2011) agrega que, procesalmente, la prueba del nexo causal corresponde al demandante, conforme ha señalado reiterativamente la jurisprudencia nacional, por lo que se admite que no se produce una inversión de la carga de la prueba, por ello, independientemente que la responsabilidad se atribuya por culpa o por criterios objetivos, la víctima debe siempre probar la relación de causalidad y si no lo consigue se rechazará su pretensión por falta de prueba (p. 138); sin embargo, CHABAS (1995) refiere que se ha podido constatar que dicha regla lleva tres excepciones y que son: 1) Cuando la ley determina una presunción de culpa, a la par, una presunción de causalidad, en consecuencia, la víctima no tiene que demostrar ni la falta de vigilancia, ni que esa falta de vigilancia sea la causa del daño; 2) En aquellas actividades profesionales o empresariales (responsabilidad médica, daños por productos, etc.), en las que al perjudicado le puede resultar particularmente costoso averiguar la causa del hecho dañoso, lo que puede ocurrir por una pluralidad de circunstancias, sectores en los que el desarrollo científico y tecnológico es particularmente intenso, ignorándose en ciertos casos como se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas, difícil acceso a los medios, materiales o documentos probatorios, etc. 3) La posición extrema asumida por nuestro Código Civil, cuando en su artículo 1969° establece que: "... El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor", aquí se establece una presunción general de culpa muy favorable a los perjudicados, pero que resulta demasiado severa para los autores simplemente materiales de daños (p. 320).

Por último, ante la dificultad probatoria no solo en el ente causante del daño objetivamente provocado, sino en la magnitud del mismo, resulta necesario que el Juez tenga que emitir

resoluciones razonables e integrales que no se circunscriban a las exigencias estrictamente formales de las reglas de la carga de la prueba, sino que tengan que flexibilizar las mismas, a efecto de poder resarcir íntegramente los perjuicios provocados a las personas con el caso del desarrollo de actividades de riesgo; pues, de lo contrario, no puede alegarse que se ha materializado el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, pues el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 10490-2006-PA/TC ha señalado que “... no puede llevarse al extremo de pretender que todo tipo de pretensiones deban siempre ser resueltas bajo la lógica de lo fundado o infundado en ellas”, sobre todo cuando se trata de la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional.

CAPÍTULO V

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación se ha desarrollado bajo los lineamientos del Diseño No Experimental; por lo que, atendiendo al fin perseguido, ha sido de tipo básica o teórica; y, según el nivel alcanzado, ésta es explicativa, puesto que se ha determinado los fundamentos jurídicos que justifican el tratamiento legal especial dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo; pues, como ha indicado la Corte Suprema “la responsabilidad extracontractual responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *‘neminen laedere’*; es decir, abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás que pudiera dar lugar a un resarcimiento”³².

Para la contrastación de la hipótesis planteada se ha recurrido a la técnica del Análisis Documental, así como a la Argumentación, las mismas que han permitido elaborar los referidos fundamentos jurídicos bajo los cuales se ha organizado y construido la teoría que da sustento a nuestra posición asumida preliminarmente, todo ello teniendo como referencia el conceptualismo e institucionalismo del Derecho Positivo, la Doctrina y Jurisprudencia nacional, de tal manera que podemos afirmar que nuestra argumentación ha seguido una lógica racional que justifica la elaboración de un discurso jurídico coherente entre la planificación metodológica y los resultados obtenidos.

³² Casación N° 185-2011-LIMA.

Cabe precisar que la investigación fue diseñada en base a la siguiente interrogante: ¿cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican el tratamiento legal especial dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo?, frente a lo cual se planteó la respectiva hipótesis, con la cual se pretendía dar respuesta a la formulación del problema, siendo ésta la siguiente: “Los fundamentos jurídicos que justifican el tratamiento legal especial dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Civil para lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo son: la insuficiencia de los factores de atribución adoptados por el Código Civil de 1984 para dichas fuentes de generación de daño; la relevancia constitucional de los valores afectados en la persona de la víctima; la necesidad de lograr la íntegra reparación del daño; y, la optimización de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima directa e indirecta del daño”.

El desarrollo de la investigación ha tenido como guía los objetivos específicos planificados, los mismos que han sido concretizados a partir de la comprensión de los datos obtenidos, como consecuencia de la interpretación de la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual, el análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre responsabilidad objetiva, así como la posición nuestra adoptada frente a la necesidad de un tratamiento específico de regulación en caso de daños producidos por actividades riesgosas.

Razón por el cual, consideramos que resulta necesario establecer en el Perú un tratamiento especial de indemnización para casos de daños producidos en actividades de riesgo, por cuanto:

1. Los bienes jurídicos afectados con el hecho dañoso en la esfera de las víctimas, tanto directas como indirectas, tienen relevancia constitucional; lo cual es de suma importancia proteger en caso de daños a los mismos, por cuanto, según PECES-BARBA (1999), los derechos fundamentales comprenden tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades (p. 37). Por su parte el Tribunal Constitucional, en el Exp. 01417-2005-PA/TC (F. j. 03) ha precisado que, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un Ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiesta concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado, agregando dicho intérprete de la Constitución, en relación a la única regulación general de la responsabilidad objetiva que “...si algo de constitucional se encuentra en el artículo 1970 del Código Civil es, precisamente, la reparación del daño, en la medida que con dicha protección se otorga dispensa a los derechos a la vida e integridad y a la salud, reconocidos por los artículos 2.1 y 7, respectivamente, de la Norma Fundamental. De

esta forma, sin duda, es posible cumplir con el objetivo primordial de la responsabilidad civil, cual es, auxiliar o beneficiar a la víctima a través de la reparación del daño que hubiere sufrido”³³.

Por lo tanto, al evidenciarse que un hecho dañoso puede afectar derechos como la vida, la integridad física y psicológica, el libre desarrollo y bienestar, la salud, entre otros, éstos merecen especial consideración no solo en el ámbito constitucional, sino al momento de establecer la indemnización en un Proceso Ordinario; pues, según el Tribunal Constitucional “existe un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona por parte de los poderes públicos, lo cual implica por parte de éstos, una conducta activa. Y ello es así, por cuanto se ha indicado que los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, éste debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en cambio, en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el Ordenamiento Jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional”³⁴.

³³ STC emitida en el Exp. N° 0001-2005-PI/TC. F.j. 26.

³⁴ STC emitida en el Exp. 05637-2006-PA/TC. F. j. 11.

2. No cabe duda que el principio más importante que guía el resarcimiento de la víctima de un hecho dañoso es el de reparación integral, lo cual implica que la indemnización tendrá que ser adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar plenamente todos los daños y perjuicios generados en las esferas patrimonial y extrapatrimonial, sin que tal reparación pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado, lo cual conlleva a una necesaria evaluación de los factores de atribución subjetivos y objetivos vinculados a la causación del daño, así como a las circunstancias bajo las cuales se encuentra la víctima directa o indirecta del daño; pues, según Frugoll, la llamada reparación integral busca humanizar la indemnización y amparar mayormente a los injustamente damnificados (FRUGOLL, s.f.), para lo cual debe tenerse en cuenta que, de la noción clásica de persona con atributos para el ejercicio de derechos y obligaciones se ha pasado a dar realce al ser humano reconociendo valor a sus sentimientos, intereses, angustias y a su propio cuerpo. SANDOVAL (2013) considera que no parece tratarse de un simple cambio de concepción, sino de una transformación del derecho hacia una visión ampliada en la cual los intereses del hombre en toda su integridad adquieren relevancia, concentrándose ahora con más ahínco el centro de atención en las víctimas, que poco a poco comienzan a imponer a los jueces un nuevo pensamiento dentro del esquema de la responsabilidad. Agrega el autor citado que la persona ha dejado de ser entonces un simple titular de derechos subjetivos patrimoniales para asumir un papel importante en la defensa de los atributos de su personalidad, como la intimidad, el honor, la integridad personal y la salud. Ahora bien, a la marcada importancia de todo este proceso, en donde los nuevos valores y reconocimientos gravitan en torno al valor de la persona (no entendida como mercancía), se contraponen la gran complejidad que conllevan tanto la valoración de esos otros

intereses que emergen como dignos de tutela como la evaluación y reparación que debe entrar a efectuar el Juez. Siendo el daño la medida de la reparación para la víctima, es imperioso el restablecimiento de su situación a través de la declaratoria de responsabilidad en contra del causante del hecho dañoso. Vale decir que el reconocimiento de los hechos alegados debe corresponder con la magnitud de los agravios causados, y que la cuantificación a cargo del Juez debe representar el valor de todos y cada uno de los perjuicios, eso sí, procurando el restablecimiento y no el enriquecimiento de la víctima.

Ahora, debe quedar claro que el principio de reparación integral está sujeto siempre, en su aplicación concreta, al tema de la evaluación del daño; sin embargo, en nuestro Sistema Jurídico esa evaluación queda librada a la competencia exclusiva del Juez y ello mismo determina, en numerosas situaciones, limitaciones a dicho principio, porque los criterios jurisprudenciales son variables y se carece de un sistema que permita una uniformidad en la reparación. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Juez, en la evaluación del daño puede enfrentarse a dificultades de orden económico para dimensionar el daño. La prueba resulta aquí esencial y las dificultades a que enfrentan las víctimas al respecto por nuestro sistema probatorio conducen, en múltiples oportunidades, a una reparación no satisfactoria frente a la entidad de los daños.

En suma, como principio general de la responsabilidad se tiende a postular que cuando se causa daño a otro, afectando sus bienes, lesionando su integridad corporal o vulnerando su conjunto de derechos fundamentales, el responsable está obligado a reparar las consecuencias de la afectación del interés lícito de la víctima; sin embargo, se ha

indicado que no se puede decir lo mismo de los daños extrapatrimoniales; pues, la reparación satisfactoria o meramente compensatoria de los intereses lesionados de la víctima que no tienen un contenido material ha delimitado el terreno actual de discusión de la responsabilidad. En efecto, la defensa teórica del principio de reparación integral se puede realizar (con algunas limitaciones) en el plano de los daños patrimoniales o materiales. Lo contrario sucede con los daños extrapatrimoniales. Cuando se trata de daños a la persona o a bienes de la personalidad la adecuación a un *quantum* determinado en dinero es problemática, debido a que no existe un valor de mercado con el cual se puedan contrastar, es decir, no admiten una valoración pecuniaria capaz de compensar dichos daños, razón por la cual la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha indicado que “(...) se debe precisar que la aflicción y el dolor que causa la muerte de un ser querido no es cuantificable (...)”³⁵.

Se ha indicado, asimismo que, en el caso de los daños no patrimoniales, de manera general, la reparación integral actúa como un principio, pero no por ello deja de ser una base fundamental dentro de la responsabilidad civil. En todo caso, a pesar de no ser una regla es obligatorio para todos los jueces en sus decisiones buscar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados de las víctimas, tarea en la cual es imperativo hacer uso de todos los medios a su alcance, se trate de perjuicios materiales o inmateriales. Sandoval Garrido señala que la idea es conceder una reparación a la víctima que no solo aparezca como adecuada y razonable, sino que confiera certeza para casos semejantes para el futuro, lo cual consideramos resulta acorde también con la concretización de la función preventiva de la

³⁵ Casación N° 4721-2011-CAJAMARCA

responsabilidad, dado que ello implicará un mensaje de prevención para la adopción de medidas que minimicen los daños en el desarrollo de actividades riesgosas.

Cabe precisar, entonces, que el objetivo de la reparación integral está directamente relacionado con la apreciación concreta y precisa que se pueda llegar a efectuar de los perjuicios ocasionados al afectado; no obstante, la valoración de los daños extrapatrimoniales es distinto; pues, es evidente que el equilibrio entre perjuicio y reparación es problemático en los daños que recaen sobre bienes de la personalidad de suyo inestimables que excluyen la aplicación de procedimientos matemáticos para el cálculo del importe a cargo del responsable. Por ello, estando alejados de un patrón de referencia o paralelo, la estimación de su cuantía quedará sujeta a una aproximación judicial subjetiva como paliativo o compensación por los daños sufridos, por cuanto no existen criterios legales de valoración de estos perjuicios que, por su carácter extrapatrimonial, no admiten tampoco una valoración basada en el recurso a criterios objetivos, por lo que la misma queda reservada a la discrecionalidad judicial. No obstante, existe un conjunto de criterios a los que suelen acudir los jueces para valorar este tipo de daños. Entre ellos, cabe destacar la toma en consideración de las circunstancias del caso, de la gravedad del daño causado, de la gravedad de la culpa concurrente en el causante del daño, de las circunstancias personales del perjudicado, tales como sexo, edad, condición social y familiar, etc.

Por su parte el Tribunal Supremo español³⁶ ha señalado la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales de justicia e imposibilita para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso; pues, la indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece.

LACRUZ (1999) considera que, si bien la indemnización pecuniaria del daño moral, por la propia naturaleza de este perjuicio, no puede colocar al perjudicado en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar, pero lo que hace, en cambio, es compensar a la víctima del perjuicio, proporcionándole una cantidad de dinero con la que procurarse, según sus gustos, satisfacciones o placeres que mitiguen, en lo posible, el daño sufrido (p. 484). Al respecto el Tribunal supremo español refiere que, aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto o (*pretium dolori*) pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamentos, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo indicado precedentemente, la Corte Suprema de la República ha señalado que “el artículo mil novecientos setenta contempla el supuesto de

³⁶ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo>. Consultado el 17 de Julio de 2016.

responsabilidad objetiva en donde en virtud al riesgo o peligrosidad que involucra el empleo o ejercicio de determinadas ... actividades, se elimina la necesidad de conocer el factor subjetivo de atribución con el que el causante del daño, ya sea por acción o por omisión, produjo resultado, siendo necesaria únicamente para su configuración la presencia de los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre la conducta del autor y el resultado dañoso producido”³⁷, señalando asimismo que “el factor de atribución, en el caso de este tipo de responsabilidad esté constituido por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa (...) no requiriendo en este caso que concurra el dolo o la culpa”³⁸; sin embargo, debe tenerse en cuenta que los daños extrapatrimoniales, por su propia naturaleza, quedan así al margen de la *restitutio in integrum*, puesto que tales daños carecen de un módulo o valor de referencia o comparación, lo que determina que su valoración quede remitida a la libre discrecionalidad de los Órganos judiciales; pues, la Corte Suprema ha señalado que “(...) con la indemnización se trata de resarcir no solamente las consecuencias económicas del hecho lesivo, sino también las consecuencias que invaden la esfera psíquica de la víctima (...)”³⁹; pues, en la Casación N° 949-1995-Arequipa, ya se había establecido con claridad que el daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual

³⁷ Casación N° 1114-2003-LIMA.

³⁸ Casación N° 4299-2006-AREQUIPA.

³⁹ Casación Laboral N° 14606-2014-ICA.

(...)⁴⁰; pese a ello, atendiendo a la dificultad probatoria del daño extrapatrimonial o su magnitud, se recurre a una apreciación equitativa del mismo, pero con la precisión efectuada por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, quien refiere que “esta valoración equitativa no constituye una decisión arbitraria si se utiliza parámetros que permitan arribar a una decisión orientada a restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño para cuyo efecto debe ser confrontado con los hechos sucedidos (...)⁴¹, así como el impacto generado en la persona de la víctima directa o por repercusión en caso de actividades riesgosas, a efecto de lograr un acercamiento indemnizatorio lo más cercano posible al daño provocado.

3. Por último, atendiendo a que los daños extrapatrimoniales subjetivos tienen como fundamento la propia naturaleza afectiva del ser humano, la determinación de su existencia, así como el establecimiento del *quantum* indemnizatorio estará sujeto a la valoración que efectúe el Juez de las circunstancias de su generación, además del impacto que ha generado el hecho dañoso tanto en la víctima directa o por repercusión, para lo cual el Juez debe recurrir al Principio de Razonabilidad, el cual -según el Tribunal Constitucional- “(...) es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad⁴² en el uso de facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de

⁴⁰ Casación N° 5008-2010-LIMA.

⁴¹ Casación Laboral N° 4977-2015-CALLAO.

⁴² “En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión” (STC. Exp. 0006-2003-AI/TC. F.j. 9).

racionalidad y que no sean arbitrarias”⁴³, lo que implica que solo así, se le brindará verdadera tutela jurisdiccional a la víctima del daño, en su manifestación de flexibilidad de la carga probatoria, así como en la emisión de resoluciones integrales y razonables, teniendo como prioridad a la víctima del daño; pues, si bien el artículo 1984° del Código Civil de 1984 señala que “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”, en tanto que el artículo 1985 del mismo Código precisa que “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (...)”, por otro lado, debe tenerse en cuenta la dificultad probatoria no solo respecto de su generación, sino en cuanto a su magnitud indemnizatoria, razón por la cual, atendiendo a la preponderancia constitucional de los bienes jurídicos afectados en la esfera interna de la persona humana que es víctima de daño directo o por repercusión, resulta razonable sostener y adoptar un tratamiento diferenciado o especial en relación al daño derivado de actividades riesgosas, lo cual obedece en esencia al hecho mismo de considerar a la persona humana como el fin supremo del Estado y de la Sociedad, digna de protección frente a la vulneración de sus derechos subjetivos por acción u omisión que causen daño directo o indirecto; pues, significaría un despropósito pretender exigir una prueba directa al afectado, ya que, según OCHOA (1999) ello implicaría conducir a la imposibilidad de la reparación moral, por ausencia de prueba (p. 87). Muy por el contrario, dice el autor citado, los medios más eficaces para la producción de la prueba del perjuicio extrapatrimonial, serán aquellos de carácter indirecto, particularmente la prueba por presunciones; pero, sin que ello habilite la arbitrariedad del Juzgador al punto de establecer una ficción de daño moral; al contrario

⁴³ STC emitida en el Exp. N° 00535-2009-PA/TC. F.j. 16.

éste, para llevar a cabo el razonamiento lógico que importa la presunción como medio probatorio, deberá obtener por parte de la víctima, todos los antecedentes que le permitan deducir – y no suponer – la existencia efectiva del daño en cuestión.

CAPITULO VI

PROPUESTA NORMATIVA.

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 1970-A AL CÓDIGO CIVIL

A iniciativa del Congresista que suscribe, ejerciendo el derecho que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política, y de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:

PROYECTO DE LEY

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA SIGUIENTE LEY:**

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 1970-A AL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1. Incorpórese el artículo 170-A al Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1970-A Responsabilidad por riesgo – supuestos de calificación.

Para determinar el daño causado por el ejercicio o desarrollo de las actividades riesgosas o peligrosas, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a. Su naturaleza.
- b. Las circunstancias de su realización; y
- c. Los medios empleados.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Si bien el artículo 2º, numeral 1) de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho “A la vida, (...) a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...”; sin embargo, los adelantos científicos y tecnológicos de los últimos tiempos han generado el desarrollo de una serie de actividades que por su propia naturaleza implican un potencial riesgo para los bienes jurídicos de las personas, cuyas consecuencias no solo implica la generación de afectaciones en el ámbito patrimonial, sino extrapatrimonial puro y con repercusiones patrimoniales, lo cual resulta necesario resarcir, a fin de evitar que la víctima directa o por repercusión asuma las consecuencias de los actos no preventivos de quienes desarrollan este tipo de actividades.

Es de resaltar que el artículo 1970 del Código Civil peruano de 1984 señala que “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”; en tanto que el artículo 1757º del nuevo Código Civil y Comercial argentino precisa que “Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”; evidenciándose que de esta última disposición normativa se aprecia tres supuestos de calificación específicos, exigencia que no tiene nuestro el Código Civil, no obstante que ambos hacen referencia a actividades riesgosas y peligrosas, por lo que resulta necesario que en el caso peruano se efectúe un tratamiento específico de tales circunstancias, a efecto de que el Operador Jurídico cuente con un marco específicos de apreciación al momento de establecer resarcimientos a las víctimas de actividades riesgosas,

más allá de considerar simplemente como factor de atribución al riesgo creado, sino a la actividad en sí misma.

En tal sentido, cuando se habla de actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, debe entenderse a aquellas que son las intrínsecamente dañosas, es decir, las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas, en las cuales el daño constituye una consecuencia constitutiva propia o inherente de la actividad; el daño está naturalmente asociado a ella, y si bien adoptando las medidas de seguridad adecuadas es evitable, se trata de una contingencia con un alto grado de probabilidad de producción; en tanto que las actividades riesgosas o peligrosas por las circunstancias de su realización, son aquellas en la que no obstante no revestir un peligro regular o constante las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa por la conducta de quien las ejerce, en las cuales se comprende el denominado riesgo circunstancial, el cual es significativamente más amplio que el riesgo definido por los medios empleados o por la posibilidad de control; y, las actividades riesgosas o peligrosas por los medios empleados, se producen cuando normalmente es inocua, pero adquiere aquella cualidad porque una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas, o bien si han sido los medios utilizados los que han aumentado la probabilidad de riesgo.

Por tal razón, se advierte la necesidad de establecer un tratamiento específico de actuación, a efecto de lograr una eficaz indemnización por responsabilidad civil extracontractual en caso de daños derivados de actividades de riesgo, ello en razón a la insuficiencia de los

factores de atribución adoptados por el Código Civil de 1984 para dichas fuentes de generación de daño; la relevancia constitucional de los valores afectados en la persona de la víctima; la necesidad de lograr la íntegra reparación del daño; y, la optimización de la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima directa e indirecta del daño.

ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley no genera gasto al Estado; por el contrario, permite clarificar las circunstancias bajo las cuales debe procederse a determinar la indemnización por daños y perjuicios derivados del ejercicio o desarrollo de actividades riesgosas, a efecto de propiciar una maximización de la función preventiva y el principio de íntegra reparación de la víctima directa o por repercusión.

EFFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta Legislativa que propone incorporar el artículo 1970-A al Código Civil vigente, permitirá orientar los criterios que deben asumirse a nivel Jurisdiccional al momento de establecerse las circunstancias bajo las cuales deben considerarse las actividades riesgosas y la generación de daños y perjuicios que hayan provocado en el ámbito patrimonial y extrapatrimonial de la víctima.

Lima, Noviembre de 2016.

CONCLUSIONES

1. Nuestro Código Civil de 1984 no establece un tratamiento normativo específico vinculado a la indemnización derivada de actividades de riesgo, sino que incorpora, de manera general, a la responsabilidad objetiva, cuyo factor de atribución es el riesgo creado, sin efectuar una distinción de las actividades riesgosas por su naturaleza, por las circunstancias de su realización, o por los medios empleados, como lo efectúa el Ordenamiento Jurídico italiano y argentino.
2. La insuficiencia de los factores de atribución previstos en el Código Civil, vinculados a la responsabilidad civil extracontractual, contribuye a la ineficacia de la función preventiva de la responsabilidad civil y del principio de íntegra reparación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados de actividades riesgosas, desprotegiendo a la víctima directa o por repercusión, cuyos bienes jurídicos afectados tienen contenido constitucional.
3. Los hechos dañosos que tienen implicancia en el ámbito subjetivo de la persona humana afectan valores de relevancia constitucional de la víctima directa o por repercusión, como el derecho a la vida; a la integridad física y psicológica; al libre desarrollo y bienestar; a la salud, entre otros, los cuales por su propia naturaleza merecen ser resarcidos, teniendo como referencia la optimización de los principios de íntegra reparación del daño y como factor de atribución la actividad riesgosa considerada en sí misma, así como la relación de causalidad y la imputación objetiva.

4. La exigencia de un tratamiento especial de la responsabilidad indemnizatoria en casos de daños por actividades riesgosas surge como una respuesta jurídica a los riesgos creados por los avances tecnológicos de los últimos tiempos, justificándose en la teoría del análisis de las capacidades de prevención, de donde se concluye que el costo del daño debe gravar a aquel sujeto de la relación que está en grado de soportarlo de modo más económico posible, con lo cual se podrá optimizar la tutela jurisdiccional efectiva a favor de la víctima del daño en su versión de flexibilización de la carga probatoria y la obtención de una resolución razonable e integral.

5. La práctica judicial ha identificado o catalogado algunas actividades como riesgosas, siendo el caso de los combustibles, los explosivos, las redes de energía, la conducción de vehículos y aeronaves, las armas de fuego, los hospitales psiquiátricos, las fumigaciones aéreas, los gases residuales, entre otras, cuya lista no es taxativa de ninguna manera; pues, el carácter riesgoso de la actividad deviene de su peligrosidad intrínseca o de circunstancias extrínsecas, instrumentales, de persona, tiempo y lugar que la tornan peligrosa para terceros; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República no ha desarrollado criterios uniformes sobre su tratamiento, sino que invoca al factor de atribución del riesgo creado como criterio determinante de responsabilidad, antes que la imputación de la actividad riesgosa en sí misma.

SUGERENCIAS

1. Se sugiere que los jueces procuren asumir el principio de íntegra reparación del daño bajo criterios de razonabilidad, atendiendo a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados en la víctima de daños derivados de actividades riesgosas, así como a la dificultad en la carga probatoria de los daños extrapatrimoniales.
2. Se recomienda a los juzgadores que, al determinar la existencia del daño, así como el quantum indemnizatorio en daños extrapatrimoniales, analicen el factor de atribución vinculado a la actividad en sí misma y la relación causal, teniendo como referencia la distinción de las actividades riesgosas por su naturaleza, por las circunstancias de su realización o por los medios empleados, a efecto de otorgar tutela jurisdiccional efectiva a las víctimas directas o por repercusión del daño en su versión de flexibilización de la carga probatoria y la obtención de una resolución razonable e integral.
3. Se requiere una regulación legislativa, respecto a los supuestos específicos de calificación de trabajos o actividades riesgosas o peligrosas

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Bosh.
- ALESSANDRI, A. (1983). *Teoría de las Obligaciones*. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.
- ARIOJA. (2013). *El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva*. Obtenido de Blog de la PUCP: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ariojabermudez/2013/05/25/el-debido-proceso-y-la-tutela-jurisdiccional-efectiva/>
- AVEDAÑO, J. (2005). *Exposición de motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984*. Recuperado el 24 de Julio de 2016, de <http://www.minjus.gob.pe>.
- BESALÚ, V. (s.f.). *La Responsabilidad Civil: Tendencias Actuales. La experiencia argentina y su posible proyección al Derecho Mexicano*. Obtenido de Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 91: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art/art3.htm>
- BORDA, G. (1994). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II* (Sétima ed.). Buenos Aires: Perrot.
- BULLARD, A. (2010). *Derecho y Economía. El análisis económico de las Instituciones Legales* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- BUSTAMANTE, J. (1993). *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Octava ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CHABAS, F. (1995). *Comentario de las Disposiciones del Código Civil Peruano Relativas a la Responsabilidad Civil*. Perú: WG Editor E.I.R.L.
- CONCEPCIÓN, J. L. (1999). *Derecho de Daños* (Segunda ed.). Barcelona: Boch.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R. (1993). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Madrid: Civitas.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2001). *El Contrato en General, comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores SAC.
- DE TRAZEGNIES, F. (1988). *La Responsabilidad Extracontractual* (Vols. IV, Tomo I). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DE TRAZEGNIES, F. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual* (Vol. IV. Tomo I). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DÍAZ-REGAÑÓN, C. (2004). *Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria*. Obtenido de <http://www.indret.com>
- DÍAZ-REGAÑÓN, C. (2006). *Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*. Obtenido de citado por Mutula La Fuente, Virginia: <http://www.indret.com>
- DIEZ PICAZO, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- DIEZ PICAZO, L., & GULLÓN, A. (1994). *Sistema de Derecho Civil* (Sexta ed., Vol. II). Madrid: Tecnos.
- DIEZ PICAZO, L., & PONCEDE LEÓN. (1964). *La Prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Bosh.
- ESPINOZA, J. (2002). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ, C. (1994). *Hacia una Nueva Sistematización del Daño a la Persona. Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*. Lima: Ediciones de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.
- FERNANDEZ, G. (s.f.). *De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo?* Obtenido de http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/1
- FERNANDEZ, G. (s.f.). *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*. Obtenido de http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/2

- FERNÁNDEZ, G., & LEÓN, H. (s.f.). *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*. Obtenido de http://works.bepress.com/gaston_fernandez_cruz/2
- FRUGOLL, M. (s.f.). *Daño: Conceptos, clasificaciones y autonomía. El punto únicamente coincidente. Resarcimiento*. Obtenido de Revista Derecho y Cambio Social: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/>
- GALDÓS, M. (23 de Marzo de 2016). *Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el Nuevo Código*. Recuperado el 14 de Julio de 2016, de La Ley. Año LXXX N° 56: file:///C:/Users/LT-NIXON/Downloads/activriegosasGaldos%20(1).pdf
- GHERSI, C. (1997). *Problemática Moderna: nulidades contractuales y prácticas abusivas*. Buenos Aires: Astrea.
- HENAO, J. C. (1998). *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.
- LACRUZ, J. (1999). *Estudio de Derecho de Obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- LEÓN, L. (2004). *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Trujillo: Editora Normas Legales.
- LÓPEZ, M., & TRIGO, F. (2005). *Tratado de la Responsabilidad Civil. El Derecho de Daños en la Actualidad: teoría y práctica*. Buenos Aires.
- MARTINEZ, L. (2010). *La Responsabilidad Civil y la llamada Imputación Objetiva*. Recuperado el 04 de Octubre de 2015, de Asociación de Profesores de Derecho Civil: <http://derehocivil.net/jornadas/Luis%20Martinez-Calcerrada>
- MEDINA, M. (2003). *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson.
- MOSSET, J. (1997). *Responsabilidad Civil*. Hammurabi: Argentina.

- MÚRTULA, V. (2010). *Causalidad alternativa e interminación del causante del daño en la responsabilidad civil*. Obtenido de InDret: Revista para el análisis del derecho: <http://www.indret.com>
- NOVAK, F., & NAMIHAS, S. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima: Academia Nacional de la Magistratura.
- OCHOA, O. (1999). *Persona. Derecho Civil I*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- ORREGO, J. (s.f.). *De la Responsabilidad Objetiva*. Recuperado el 24 de Abril de 2016, de <http://www.juanandresorrego.cl/app/.De+la+resposanbilidad+objetiva>
- OSTERLING, F. (1988). *Las Obligaciones*. Lima: Tecnos.
- OSTERLING, F., & CASTILLO, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones* (Vol. IV Tomo X). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- OSTERLING, F., & CASTILLO, M. (III N° 05). Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984. *Cathedra*, 53.
- PECES-BARBA, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- PEREZ, A. (2010). *A favor de la trasmisibilidad de la acción de daño moral*. Recuperado el 24 de Junio de 2016, de Revista Derecho y Humanidades: <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index>.
- PIZARRO, R. (2006). *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa. Contractual y Extracontractual*. Recuperado el 24 de Junio de 2016, de La Ley: <https://static-laley.thomsonreuters.com>
- PIZARRO, R., & VALLESPINOS, C. (1996). *Instituciones del Derecho Privado: Obligaciones. Hammurabi*.
- REGLERO, L. F. (2006). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tercera ed.). Pamplona: Aranzadi.

- REGLERO, L. F. (2008). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tercera ed., Vol. I). Pamplona, España: Thomson Aranzadi.
- ROCA, E. (2009). *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español*. Recuperado el 27 de Junio de 2016, de InDret: Revista para el análisis del derecho: http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf
- ROCA, E. (2011). *Derecho de Daños, Textos y Materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALVADOR, P. (2013). *El remedio indemnizatorio en el derecho español de daños*. Obtenido de InDret: Revista para el análisis del derecho: <http://www.indret.com>
- SALVADOR, P., & FERNÁNDEZ, A. (2006). *Causalidad y Responsabilidad*. Obtenido de <http://www.indret.com>
- SANDOVAL, D. (2013). *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. Obtenido de Revista de Derecho Privado N° 25: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n25/n25a10.pdf>
- SANTISTEVAN, J. (2008). *Responsabilidad Extracontractual derivada de Conductas Anticompetitivas: Tipicidad, Antijuricidad y Calificación previa por parte de la Administración*. Lima.
- SANTOS, J. (1993). *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Procesal*. Madrid: Montecorvo.
- SOSA, J. M. (2010). *Guía Teórico Práctico para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TABOADA, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil* (Segunda ed.). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- TARTUCE, F. (2015). *Manual de Derecho Civil*. Río de Janeiro: Método.
- VIDAL, F. (2006). *El Acto Jurídico*. Lima: El Buzo EIRL.

YZQUIERDO, M. (2001). *Sistema de Responsabilidad Contractual y Extracontractual*.
Madrid: Dykinson.

ZELAYARÁN, M. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica* (Segunda ed.). Lima:
Ediciones Jurídicas.