



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Fernández Cruz, Gastón; León Hilario, Leysser
La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva
Derecho PUCP, núm. 58, 2005, pp. 9-75
Pontificia Universidad Católica del Perú
Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656160002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva

Gastón Fernández Cruz*
Leysser León Hilario**

1. Premisa

En la doctrina germana se ha advertido, ya desde la segunda mitad del siglo XIX, la progresiva formación de un sistema dualístico en el derecho de obligaciones (*duales Schuldrecht*), es decir, la existencia de «distintos cuerpos de reglas [el Código Civil y la legislación especial] que regulan, sobre la base de presupuestos que a veces dan la impresión de ser inconciliables, especies diversas de un mismo género de comportamientos».¹

Sería, además, «contrario a un fundamental principio de interpretación admitir que una misma situación haya sido regulada por el legislador de modo contradictorio».²

Que el criterio de imputación de la responsabilidad aquiliana pueda ser el dolo o la culpa, por un lado, y el riesgo o exposición al peligro, por otro,

* Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y posgrado en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el área de magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil. Profesor principal de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor ordinario de la Universidad de Lima. Enseña la materia de Derecho Civil.

Socio principal del estudio Fernández, Portocarrero; Carpio & Torres Abogados.

** Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde el 2001. Profesor honorario de la Universidad Privada de Chiclayo (2004).

¹ SOMMA, Alessandro. «Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra codice civile e legislazione speciale: l'esercizio di attività pericolose nel diritto tedesco». En *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XCIII, 1995, parte I, p. 278, Milán, quien remite, especialmente, al ensayo de VON GIERKE, Otto (1841-1921). *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* («La tarea social del derecho privado»). Berlín: Springer, 1889, pp. 12 et passim.

² VENDITTI, Arnaldo. «Sull'esercizio di attività pericolose». *Giustizia civile*, 1957, parte I, p. 744.

no ya en el texto codificado y en otras leyes, respectivamente, sino de manera simultánea en el Código Civil, parece ser la plasmación entre nosotros, y a gran escala, de aquel dualismo.

Esto se debe a que, en los ordenamientos jurídicos ligados por herencia o por imitación a la tradición romano-germánica y que han hecho propia la cultura de la codificación civil, lo común ha sido que la regla legal fundamental de responsabilidad extracontractual se asiente en la culpabilidad del causante del daño; y ello, como ya se ha indicado en el comentario al artículo 1969 del Código Civil, ha obedecido al modelo circulante de los inicios de la industrialización. Por esto, refiriéndose a esta época, se ha escrito, sin incurrir en exageraciones, que «la identificación histórica entre codificación y responsabilidad subjetiva ni siquiera tiene necesidad de ser demostrada».³

Lo usual, entonces, ha sido que los supuestos de responsabilidad extracontractual fuera de toda imputabilidad subjetiva, o «sin culpa», reconocibles en aquellas disposiciones en las que la responsabilidad civil es «canalizada» hacia alguien legalmente predeterminado⁴ muestren un aparente carácter subsidiario y sean regulados por leyes especiales. Es desacostumbrada su presencia en los códigos civiles menos recientes.

Este común modo de proceder, que no ha sido el observado por nuestros codificadores de 1984, tiene, desde luego, una explicación de carácter histórico que, por no haberse escenificado en el Perú, debe hacerse de público conocimiento, lo que en parte se ha realizado ya en el Comentario al artículo 1969 del Código Civil, poniendo el acento en el criterio de imputación «culpa».

En la misma medida, es importante ilustrar, aunque sea a grandes rasgos, la consiguiente y contemporánea evolución de los ordenamientos jurídicos de Europa y de Estados Unidos, del derecho cifrado en códigos civiles y del derecho de formación jurisprudencial, caracterizada, en ambos casos, por el declive de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad civil.

³ CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». En *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. xxvii. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 1 (de la separata).

⁴ COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». *Il Foro italiano*, 1985, parte I, cols. 2649-2657.

2. Perfiles histórico-comparatísticos sobre el artículo 1970 del Código Civil peruano. Su asociación con la corriente expansiva de la responsabilidad objetiva y su encuadramiento frente a las distintas técnicas legislativas: legislación por códigos, regulación por leyes especiales, proyectos de tipo académico

Los problemas prácticos y de gran relevancia social que determinan la explosión de la llamada responsabilidad civil «objetiva» son, en su mayoría, posteriores o inmediatamente sucesivos al movimiento codificador desarrollado mundialmente durante el siglo XIX.

Al respecto, se suele sindicar a la segunda revolución industrial como el factor directo de la aparición y proliferación de nuevos daños, principalmente los sufridos por los trabajadores en el desempeño de sus labores que configuran los denominados «accidentes de trabajo», en una época en la que el sistema del seguro social todavía se encontraba en vía de implementación, daños que muchas veces, luego de ser atribuidos a la mala fortuna, quedaban sin ser resarcidos, y frente a los cuales la reacción jurídica, de la jurisprudencia y de la doctrina, plasmada en la superación de la visión de la culpa como presupuesto para la imputación del daño, no tardó en hacerse esperar.⁵

Se refiere, entonces, que el clásico principio en virtud del cual «no hay responsabilidad sin culpa» se adaptaba perfectamente a las exigencias de una sociedad como la del siglo XVIII, de intercambios económicos relativamente

⁵ Las referencias son de VALSECCHI, Emilio. «Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito». *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XLV, 1947, parte I, p. 158; TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1961, pp. 12-13; COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Nápoles: Morano Editore, 1965, p. 18; TUCCI, Giuseppe. «La responsabilità civile - Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En Michel Spinelli (dir.). *Responsabilità civile - Corso di diritto civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Bari*. Vol. I. Bari: Editrice Adriatica, s.f. [pero de 1974], p. 14 (nota 10); SCHWARTZ, Gary T. «Tort law and the economy in nineteenth-century America: A reinterpretation» (1981). En Saul Levmore (ed.). *Foundations of tort Law*. Londres, Nueva York: Oxford University Press, 1994, p. 81 y ss.; LANDES, William L. y Richard POSNER. *The economic structure of tort law*. Cambridge (Massachusetts). Londres: Harvard University Press, 1987, p. 308 y ss.; VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 2.^a ed. En *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudente (L. G. D. J.), 1995, p. 83; ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem gebiete des Privatrechts* (3.^a ed., 1996). Traducción inglesa de Tony Weir. *Introduction to comparative law*. 3.^a ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 648; GRYNBAUM, Luc. «Responsabilité du fait des choses inanimées». En *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*. T. IX. París: Dalloz, 2004, p. 7 (de la separata); entre otros.

modestos y carente de un despliegue técnico apreciable,⁶ en el que las principales fuentes de peligro continuaban siendo representadas por los animales o por los objetos caídos de las casas. En una sociedad no industrializada, en la que los hombres convivían con los animales, los mayores riesgos, aun los citadinos, estaban representados por el no ser mordido por un cerdo del corral de un vecino o no ser arrollado por una carroza jalada por caballos. El criterio jurídico de imputación por culpa era, ciertamente, el «adecuado para regular el problema de la responsabilidad civil de las escasas hipótesis de daño de sociedades no industrializadas ni mecanizadas: además, la regla jurídica se confundía con la regla moral que indicaba la conveniencia de basar la responsabilidad en una evaluación del comportamiento subjetivo del agente».

En cambio, con la revolución industrial,

con el nacimiento de nuevas y poderosas fuentes de peligro (piénsese en el vapor, la energía eléctrica, la energía atómica, los descubrimientos de la química, el empleo a gran escala de sustancias inflamables, explosivas, contaminantes, etc.), con el uso de máquinas complejas y riesgosas, se multiplican con extraordinaria rapidez los accidentes y los daños, que se presentan, no ya como efecto de una «culpa humana» sino como la consecuencia, a menudo inevitable, de las nuevas técnicas introducidas en el sistema industrial.⁷

De tal forma,

los ecos de la idea que ponía en el centro de la oleada codificadora de inicios del siglo XIX al sujeto de derecho, señor absoluto de su propio destino, en tanto y en cuanto patrón de su propia ciencia y voluntad, se atenúan gradualmente, y con ellos, por reflejo, la derivada idea de que sólo el criterio de la culpa es congruente para evaluar su responsabilidad en el plano jurídico, en términos análogos a la responsabilidad moral.⁸

Curiosamente, sin embargo, el sistema de responsabilidad de las legislaciones más remotas pareciera haber sido de carácter «objetivo». Tan es así que, en un primer momento, habría sido la responsabilidad subjetiva, más bien, la que representó «un progreso inmenso, una victoria definitiva del pensamiento y

⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1964, p. 20.

⁷ COMPORTI, Marco. «Responsabilità per esercizio di attività pericolose». En *Fondamento e funzione della responsabilità civile*. Actas del seminario dirigido por Vincenzo Buonocore y Ugo Majello. Nápoles: Cooperativa Editrice Economia e Comercio, 1975, pp. 73-74.

⁸ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2.ª ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 34.

de la justicia sobre el materialismo y la brutalidad de épocas pretéritas».º Más de un autor llega a considerar innegable que, en su momento, la culpa representó «una mayor garantía para el ciudadano y, por lo tanto, uno de los tantos pasajes hacia la afirmación del estado de derecho».¹⁰

A ello han respondido otros que «la referencia a la culpa, como presupuesto indefectible y elemento esencial de la responsabilidad constituye más bien un mito, e igual de prejuiciosas son las razones de orden moralista o lógico que se aducen en su sostén, como las sugerencias de la experiencia histórica»;¹¹ que son «fruto de una manifiesta falsificación de la experiencia histórica, según un ideal apriorísticamente asumido, la afirmación de que el progreso del derecho se desarrolla siguiendo la línea obligada de la relevancia de la culpa»;¹² que la crisis de la culpa

como único y exclusivo criterio de imputación de las *fatti specie* de responsabilidad no es un síntoma de regresión del ordenamiento a régimenes normativos superados; ella constituye, más bien, la prueba evidente de la evolución del pensamiento jurídico, en simultáneo con la transformación de los intereses económico-sociales que se ha vuelto necesario proteger;¹³

y, en fin, que la atenuación del elemento de la diligencia «no se ha debido, primariamente, al régimen de la responsabilidad civil, sino a la difusión de los seguros, que nadie [...] propondría abolir».¹⁴

Y hoy existe hasta un sector del análisis económico del derecho, hace algún tiempo afirmado en nuestro medio, que llega a predicar que la responsabilidad por culpa constituye una fuente de externalidades negativas o, peor aún, que se verifica una verdadera «irracionalidad del sistema, porque no permite internalizar de manera íntegra los costos ligados con determinadas actividades».¹⁵ La responsabilidad objetiva sería más eficiente

⁹ JOSSERAND, Louis. *Della responsabilità du fait des choses inanimées*. París: Arthur Rousseau éditeur, 1897, p. 128.

¹⁰ FORCHIELLI, Paolo. «Responsabilità oggettiva I) Disciplina privatistica». En *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. xxvii. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 2 (de la separata).

¹¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. «Responsabilità civile». En *Scritti giuridici*. Vol. I: «Scritti di diritto civile». Padua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1996, p. 325.

¹² *Ib.*, p. 326.

¹³ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., pp. 10-11.

¹⁴ TRIMARCHI, Pietro. «Relazione di sintesi». En «Actas del seminario “Il ruolo della colpa nell’attuale sistema della responsabilità civile”», publicadas en *Responsabilità civile e previdenza*, vol. XLII, 1977, p. 766.

¹⁵ La referencia es de GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. Vol. III: «Analisi economica del diritto». Turín: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 82.

que la responsabilidad «por culpa», entonces, atendiendo a que propicia un correcto análisis costo-beneficio por parte del agente de los daños y una consiguiente reducción de las actividades a su nivel óptimo.¹⁶

Empero, lo «superficial» de la creencia de que la responsabilidad objetiva induciría, de por sí, a los causantes de daños potenciales a ser más cuidadosos, en comparación con lo que ocurriría bajo un régimen basado en la culpabilidad (*negligence standard*), ha sido puesta en evidencia, rotundamente, al interior del propio movimiento de *law and economics*.¹⁷

Con todo, y como señalábamos en el punto 1 de este comentario, el Código Civil peruano se ha apartado del camino ordinario descrito y ha consagrado, inmediatamente después de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual por culpa, una cláusula de responsabilidad en la que la culpabilidad, así de simple, no aparece, una cláusula que es aplicable a los daños cometidos por la realización de actividades riesgosas o peligrosas o —incoherenteamente, como veremos— por medio de bienes riesgosos o peligrosos.

En nuestro ordenamiento jurídico no faltan, sin embargo, remisiones de la legislación especial a la cláusula normativa general de responsabilidad «objetiva».

La Ley General de Residuos Sólidos (ley 27314), por ejemplo, establece en su artículo 23, subtítulo «responsabilidad por residuos sólidos peligrosos frente a daños», primer párrafo, que «el que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos está obligado a repararlo, de conformidad con el artículo 1970º del Código Civil».

En la misma disposición, sin embargo, se señala que el «generador» de los residuos sólidos «será considerado responsable», en cambio, «cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño. Esta responsabilidad se extiende durante la operación de todo el sistema de manejo de los residuos sólidos peligrosos hasta por un plazo de veinte años, contados a partir de la disposición final».

Esta última disposición, entonces, reserva todavía un espacio a la responsabilidad por culpa en campo tan actual, trascendente y problemático como la generación (producción) de residuos sólidos, definidos como «aquellas sustancias, productos o subproductos en estado sólido o semisólido de los que su generador dispone, o está obligado a disponer, en virtud de lo

¹⁶ *Ib.*, p. 83.

¹⁷ LANDES, William L. y Richard POSNER. *Op. cit.*, p. 64. BROWN, John Prather. «Economic theory of liability rules». En Peter Newman (ed.). *The new Palgrave dictionary of economics and the law*. Vol. II. Londres, Nueva York: MacMillan y Stockon Press, 1998, p. 19.

establecido en la normatividad nacional o de los riesgos que causan a la salud y el ambiente» (art. 14, ley 27314). A la vez, se crea una relevante excepción a la prescripción ordinaria de la «acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual», que únicamente es de dos años (art. 1998 del Código Civil).

Es de destacar, por último, que la decisión adoptada en el Código Civil peruano de consagrar una cláusula general de responsabilidad objetiva hace eco de la doctrina, conocida o no, que tenía años sugiriendo la codificación de una regla de responsabilidad ajena a la culpa.

Puede recordarse, en tal sentido, que, a inicios del decenio 1980-1990, en el seno de una comisión ministerial donde se debatía la reforma del derecho de obligaciones alemán, se propuso, aunque infructuosamente, como solución a la dispersión legislativa reinante, la incorporación al *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de una cláusula normativa general de responsabilidad objetiva, relativa, ni más ni menos, al ejercicio de actividades peligrosas.¹⁸

Un proyecto similar figuraba en los trabajos preparatorios de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) de noviembre de 2001,¹⁹ pero tuvo el mismo resultado negativo.

Por ello, en Alemania, aquel «*duales Schuldrecht*» del que hablábamos al inicio de este comentario debe ser hoy percibido y ubicado entre el Código Civil, que continúa anclado en el dolo y la culpa como criterios de imputación, y una vastísima gama de leyes especiales que regulan la responsabilidad por actividades consideradas peligrosas (por ejemplo: transporte ferroviario; conducción, transmisión o distribución de gas, vapores o líquidos; circulación de vehículos; circulación de aeronaves; empleo pacífico de la energía nuclear; actividad minera; producción de medicinas; circulación de productos defectuosos; etc.).²⁰

No menos interesante es apreciar que en los *Principles of European Tort Law* (2005), elaborados por el European Group on Tort Law, que reúne a estudiosos de distintos países del viejo continente, la norma fundamental (*basic norm*) que se propone indica tanto la responsabilidad por culpa cuanto la responsabilidad por actividades peligrosas: «Art. 1:101. (1) Aquel a quien

¹⁸ La referencia es de SOMMA, Alessandro. «Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra codice civile e legislazione speciale». *Op. cit.*, pp. 280, 292-293.

¹⁹ La referencia es de FEDKE, Jörg y Ulrich MAGNUS. «German report». En Bernhard A. Koch y Helmut Koziol (eds.). *Unification of tort law: Strict liability*. A su vez en EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW. *Principles of European tort law*. Vol. vi. La Haya, Londres, Nueva York: Kluwer Law International, 2002, p. 172.

²⁰ Según el elenco de ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Op. cit.*, p. 653 y ss.

se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona (a) cuya conducta culposa lo haya causado; o (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones». Luego se precisa que «uno es responsable sobre la base de la culpa por la violación dolosa o negligente del estándar de conducta exigible» (art. 4: 101), mientras que «aquel que realiza una actividad anormalmente peligrosa responde *objetivamente* por el daño característico del riesgo que tal actividad conlleva y que resulta de ésta» (art. 5: 101-1). Y no se deja de señalar que «las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, aun cuando dichas actividades no sean anormalmente peligrosas» (art. 5: 102-1).

3. Precisiones conceptuales sobre la responsabilidad civil objetiva. Los aspectos probatorios de esta responsabilidad frente a la responsabilidad subjetiva

Para un vasto sector de la doctrina comparada actual, tan general cuanto errónea es la apriorística asimilación del artículo 1970 a la expresión «responsabilidad objetiva» o con lo que se cree, corrientemente, que es la responsabilidad civil objetiva.

Y si se tiene en cuenta que el empleo de la expresión indicada es «síntoma inequívoco de una profunda transformación que se vive en el sistema de la responsabilidad civil»,²¹ parece ser incuestionable la necesidad declarificar su significado.

Se dice así que por responsabilidad «objetiva» hay que entender, en principio, la pura responsabilidad «sin culpa» o, como prefiere señalar un autor, la «imputabilidad sin culpa».²²

La responsabilidad «objetiva» sería, pues, una «fórmula descriptiva de una serie de hipótesis en las cuales la imputación no se funda (cuando menos directamente) en la culpabilidad del comportamiento dañoso»;²³ una «etiqueta» (sic) que agrupa un conjunto de supuestos en los cuales la responsabilidad «se funda en circunstancias objetivas, y no en un juicio que

²¹ FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año xxi, 1967, p. 1378; *Id.* «Responsabilità oggettiva I) Disciplina privatistica». En *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Op. cit., p. 1.

²² BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*. 5.^a ed. T. II. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1962, p. 809.

²³ SALVI, Cesare. «Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)». En *Enciclopedia del Diritto*. Vol. xxxix. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1988, p. 1221.

implique un reproche, en términos de imputación a un sujeto de negligencia (culpa) o, peor aun, de la voluntad de causar daño (dolo).²⁴

Respecto de la experiencia en los países del *common law* se requiere añadir una precisión: en ellos se utiliza la expresión «*strict liability*», pero esta abarca no solo la responsabilidad que se impone por la inobservancia de deberes de cuidado (*breach of duty to exercise reasonable care*) y, más en general, la responsabilidad sin culpa (*liability without fault*), sino también aquella que deriva del atentado contra intereses legalmente protegidos cuando no se cuenta con una justificación jurídica para hacerlo.²⁵

Lo correcto, se dice entonces, sería identificar como «responsabilidad objetiva», básicamente, la situación en la que alguien, señalado por la ley y ante la verificación de un presupuesto normativo, tiene que responder, sin más, frente al damnificado.

«Objetiva», desde este punto de vista, sería, por ejemplo, la responsabilidad del empleador por el hecho del dependiente (art. 1978 de nuestro Código Civil), donde, como puede apreciarse, la imposición del deber de resarcimiento al patrón no obedece a ningún aspecto subjetivo, sino a las recíprocas posiciones de mando y subordinación del principal y de su trabajador.

El empleador, en efecto, no puede eximirse de responsabilidad con la prueba de estar libre de culpa, es decir, de haber utilizado la diligencia debida en la elección y supervisión de su dependiente²⁶ ni alegando, por ejemplo, el caso fortuito. En Francia, en aplicación del concepto de «garantía», se afirmará que esta *fattispecie* de responsabilidad se apoya en dos ideas, a saber: que el empleado o subordinado «no tendría los medios necesarios para resarcir a la víctima de manera satisfactoria, de manera que tiene necesidad de un garante»; y que el patrón, por tener la dirección, y por hacer propios los beneficios y riesgos de la empresa en ocasión de la cual se ha cometido el daño, se presenta como garante natural frente al damnificado,²⁷ lo cual puede ser extendido a la responsabilidad del propietario por el

²⁴ VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padua: Cedam, 1996, p. 647.

²⁵ PROSSER, William L. y W. Page KEETON (eds). *On the law of torts*. 5.^a ed. St. Paul (Minn.): West Publishing Co., 1984, p. 534.

²⁶ CORSARO, Luigi. «Responsabilità civile I) Diritto civile». En *Encyclopédia Giuridica Treccani*. Vol. xxvi. Roma: Istituto della Encyclopédia Italiana, 1991, p. 21 (de la separata); TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 9.^a ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 151.

²⁷ SAVATIER, René. «La responsabilità da delitto nel diritto francese en el progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni». Traducción italiana de Roberto Ago. *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. IV-V, 1930, parte I, p. 293; CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. T. IV: *Les obligations*. 11.^a ed. París: Presses Universitaires de France, 1982, p. 411.

hecho de los animales y a la responsabilidad del propietario por la ruina del edificio, en donde, de un esquema pensado en presunciones (relativas o absolutas) de culpa, se evoluciona, por exigencias equitativas, al argumento de la necesidad de «garantizar el resarcimiento al damnificado, atribuyendo el daño a quien obtiene provechos de la actividad en el curso de la cual aquél se ha verificado».²⁸

Solo que, tradicionalmente, la calificación de la responsabilidad civil como «subjetiva» u «objetiva» ha estado conceptualmente ligada con los aspectos probatorios.

Así, desde esta última perspectiva, que para algunos es la real generadora de confusión, se considera que sería «objetiva» aquella responsabilidad de la que el imputado puede librarse únicamente con la demostración, en sentido positivo, de que los daños han sido provocados por un «factor causal autónomo»: por una circunstancia inevitable o irresistible, el caso fortuito o fuerza mayor; por el hecho determinante de un tercero; o por el hecho de la propia víctima. «Subjetiva», en cambio, sería la responsabilidad que recae sobre alguien como puro correlato de la prueba de una conducta negligente o dolosa por su parte.

Bien vistas las cosas, la explicación anterior resulta insatisfactoria en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones, como insatisfactoria —prima facie— resultará la explicación si la problemática de diferenciación de estos dos tipos de responsabilidad pudiera reducirse al simple recurso de la inversión de la carga de la prueba. Y es que si la diferenciación entre responsabilidad subjetiva u objetiva « se redujera a una proclamada inversión de la carga de la prueba, no habría razón para entender por qué se debe abandonar el principio de la culpa, que, en lo sustancial, permanecería como único fundamento del deber de resarcimiento».²⁹

De un lado, una tradicional y respetable corriente de opinión hace ver, en efecto, que la prueba del caso fortuito y circunstancias similares no es otra cosa que la demostración de la ausencia de culpabilidad: se echa mano, así, a la noción subjetivista del «caso fortuito»³⁰ o bien se establece, con terminología derivada del derecho de obligaciones francés, una automática sinonimia entre el «caso fortuito» y la «causa no imputable».³¹

²⁸ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Op. cit., p. 12.

²⁹ SCOGNAMIGLIO, Renato. «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En *Scritti giuridici*. Vol. I: «Scritti di Diritto Civile». Padua: CEDAM, 1996, p. 410.

³⁰ FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1394; entre otros.

³¹ VENDITTI, Arnaldo. «Sull'esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 746; NATOLI, Ugo. «Considerazioni finali». En «Actas del seminario "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile"», publicadas en *Responsabilità civile e previdenza*. Vol. XLII, 1977, p. 769.

La prueba del caso fortuito consistiría, por consiguiente, en la demostración de que el daño se ha debido a un evento que no podía ser previsto o evitado con la diligencia debida.³²

En esta línea de pensamiento, donde hay una presunción que es superable a través de la prueba del caso fortuito, la doctrina hace referencia, en todo caso, a una responsabilidad «agravada», pero que en ningún momento deja de ser «subjetiva»³³ o bien de una responsabilidad «semiobjetiva»³⁴ o de una responsabilidad «objetiva intermedia»³⁵.

De otro lado, hay quien llega a afirmar que, cuando se dice que la responsabilidad objetiva existe, en todas las hipótesis en que la ley admite la prueba del caso fortuito se comete, además, el error garrafal de olvidar que lo propio de la responsabilidad objetiva es la prescindencia de todo eximiente,³⁶ de donde es válido concluir que, para algunos, responsabilidad objetiva es sinónimo de responsabilidad por la mera causalidad; de esta forma, los únicos casos de responsabilidad objetiva serían «aquellos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone».³⁷

Dentro del elenco de tesis extremas, no ha faltado alguna que pretende emancipar la responsabilidad objetiva inclusive del análisis del elemento causal, la cual no debe descartarse de plano (aun cuando no se la comparta), mucho menos en un campo tan propenso a padecer la influencia de los cambios sociales como es la responsabilidad civil.

Según esta última tesis, considerar que las hipótesis de responsabilidad «objetiva» demandan la verificación de la relación causal, tal cual ocurre con las de responsabilidad «subjetiva», significa

³² BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. T. V: *La responsabilità*. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1994, pp. 689, 710; TORRENTE, Andrea y Piero SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*. 14.^a ed. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 629.

³³ VENDITTI, Arnaldo. «Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia». *Giustizia civile*, 1956, parte I, p. 880; BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. Op. cit., p. 686; TORRENTE, Andrea y Piero SCHLESINGER. Op. cit., p. 635 y ss.

³⁴ BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Diritto civile*. Vol. III: *Obbligazioni e contratti*. Turín: UTET, 1989, pp. 753 y 759; BUSNELLI, Francesco Donato y Giovanni COMANDÉ. «Italian report». En Bernhard A. Koch y Helmut Koziol (eds.). Op. cit., p. 212.

³⁵ VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Op. cit., p. 695.

³⁶ BIANCA, Cesare Massimo. «La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito». *Roma e América. Diritto romano comune*, n.º 3, 1997, p. 204.

³⁷ LEÓN, Leysser L. «La responsabilidad extracontractual (Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)». En *La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2004, p. 28.

proponer un requisito que, o es superfluo, porque se limita a repetir los resultados a los cuales se arriba con el mero recurso a los criterios de responsabilidad, o es equívoco, si se revelara susceptible de conducir a resultados diferentes. [...] [A] diferencia de la responsabilidad subjetiva, donde la culpa y el dolo son criterios de calificación del nexo causal, de modo que la presencia de este último se establece en el caso concreto, en la responsabilidad objetiva el juicio es puramente tipológico, y consiste en la decisión sobre si el hecho producido pertenece o no a la serie de aquellos hechos que el criterio de imputación adscribe a cierta esfera subjetiva por su simple acaecimiento. Esto significa que en la responsabilidad objetiva no puede plantearse un problema de relación de causalidad, porque éste ya ha sido resuelto previamente, en la descripción de la *fattispecie*; por lo tanto, la presencia de los elementos de ésta en el caso concreto es suficiente para efectos del juicio de responsabilidad.³⁸

Estas afirmaciones son solo parcialmente correctas: las dudas surgen, en nuestra opinión, al calificar los problemas de imputabilidad (criterios de imputación) como problemas de causalidad (de allí la inveterada costumbre de la doctrina italiana de afirmar dos tipos de causalidad: la material y la jurídica). Lo cierto es que el problema de la causalidad es siempre material y necesariamente se resuelve en forma previa a la utilización de los criterios de imputación. Con la causalidad se identifica al causante del daño; con la imputabilidad, al responsable. Y esto es así sin perjuicio de que, al finalizar el análisis de imputabilidad, la comprobación de su distribución (por ejemplo, si se concluye en una identificación de culpas, tanto en el agente como en la propia víctima) tenga incidencia en la valoración previa hecha de la relación causal, lo que se explica en el hecho de que el fenómeno de responsabilidad es único y solo admite un estudio «por partes» con fines didácticos. Lo mismo sucede, por ejemplo, cuando se analizan, en la etapa de «análisis material» del fenómeno de responsabilidad, los requisitos del daño resarcible y, concretamente, el requisito de la certeza: el plano fáctico de la certeza se analiza dentro del propio elemento «daño», pero el plano lógico de la certeza solo se comprueba en el análisis de la relación causal.

En esta línea de pensamiento, en el Perú, De Trazegnies, refiriéndose al artículo 1972 del Código Civil peruano, afirma que, pese a la referencia expresa que hace este artículo del artículo 1970 (responsabilidad por riesgo),

es sólo después de haber establecido la vinculación entre el demandado y el daño que nos preguntamos por los factores de atribución; se aplicará el artículo 1969 (que lleva a discutir sobre la culpabilidad o no culpabilidad de esa persona ya

³⁸ CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». *Op. cit.*, p. 12.

determinada como causante) o se aplicará el artículo 1970º (que le atribuye responsabilidad por el solo hecho de ser el causante). Pero en los dos casos posibles de atribución (culpa o riesgo), existe una relación de causalidad, previa en el análisis y subyacente en ambos tipos de responsabilidad.³⁹

Lo cuestionable en esta cita es solo la confusión entre responsabilidad objetiva (o por riesgo) con responsabilidad por la mera causalidad (que corresponde a la denominada «responsabilidad objetiva absoluta» no acogida en el Código Civil peruano), pues, si estos conceptos fueran sinónimos, resultaría enteramente cierto, en nuestra opinión, que sería superfluo o reiterativo separar los planos de causalidad e imputabilidad y considerar que las hipótesis de responsabilidad objetiva demandan la verificación previa de la relación causal.

La misma objeción parecería caber en los supuestos en que se acoja la denominada «responsabilidad objetiva relativa», que admite la exclusión de responsabilidad probando una causa no imputable: ¿para qué decir que en la responsabilidad objetiva siempre se responde, a no ser que se pruebe el caso fortuito u otro supuesto de causa no imputable, si este asunto ya fue resuelto previamente? La explicación en el *civil law* clásico de lo que sucede es sencilla: cualquier criterio de imputación no es sino un «justificativo» teórico del traspaso del peso económico del daño que sufre la víctima hacia una esfera ajena, por lo que persigue explicar, con criterios de justicia, el porqué alguien debe soportar el coste económico del daño sin que esta decisión pueda calificarse de arbitraria. En la llamada «responsabilidad objetiva por hecho propio», el causante del daño será calificado también como «responsable» en la medida que reconozcamos que la actividad desarrollada por aquel justifica que se responda por los daños causados, puesto que, por ejemplo, para la obtención de un beneficio, se generaron riesgos adicionales al simple hecho de vivir (riesgo-creado; riesgo-beneficio) que expusieron al peligro a todos aquellos integrantes de la sociedad que vieron conectadas sus esferas jurídicas con la actividad desarrollada por el agente (ver *infra*, numeral 6); por ello, si dicha exposición al peligro no le es causalmente atribuida a este, por la existencia de una fractura causal, resulta también «justo» que no se responda, por no ser el causante del daño. De aquí el reconocimiento del límite de la responsabilidad objetiva en la causa no imputable.

Si este razonamiento retrata una contradicción o, en el mejor de los casos, una reiteración innecesaria, que representa una aproximación «intuitiva» a

³⁹ TRAZEGNIES, Fernando de. *La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988)*. T. I. Serie Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IV. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 300.

un problema irresoluto en la teoría clásica del *civil law*,⁴⁰ bien cabría admitirlo en la literatura jurídica contemporánea, principalmente a partir de los aportes de Calabresi y su teoría del análisis de las capacidades de preventión, de donde se concluye que el costo del daño debe gravar a aquel sujeto de la relación que está en grado de soportarlo del modo más económico posible.

Lo cierto, sin embargo, a esta altura del discurso, es que —en nuestro concepto y dentro del Código Civil peruano— nunca puede reducirse la responsabilidad objetiva a responsabilidad por la mera causalidad; para arribar a esta conclusión, debe bastar el análisis de los supuestos de responsabilidad objetiva por hecho ajeno, en donde claramente se puede hallar un responsable que no sea causante del daño.

La doctrina del *civil law* anterior a la influencia y aportes del análisis económico del derecho trató decididamente de ordenar los conceptos sobre la base de la reserva propia del ámbito de la diligencia y su contravención al área de aplicación de la cláusula general por culpa; de esta forma, ascendió casi a la categoría de «dogma» la definición de la culpa como concepto antitético al de diligencia.

Así, se afirmó que el sistema de responsabilidad subjetiva debe contener no solo aquellas hipótesis en que la culpa funge de criterio de imputación en forma expresa, sino también aquellas en las cuales el eximente de responsabilidad está dado por la ausencia de culpa, entendida como inevitabilidad del hecho.⁴¹

A su vez, se indicó que los supuestos de responsabilidad en los cuales el límite esté representado por el caso fortuito, entendido como «causa extraña del todo inevitable», serán *fattispecie* de responsabilidad objetiva, porque «lo inevitable del caso fortuito no se mide con el criterio normal de la diligencia [...], sino que es apreciado con un criterio que apunta hacia un absolutismo más rígido».⁴²

De esta manera, los supuestos de responsabilidad que tienen como límite el caso fortuito serían supuestos de responsabilidad «objetiva» porque lo inevitable del caso fortuito no se evalúa ni mide con criterios de diligencia, sino con criterios absolutos.⁴³ La diferencia entre la prueba liberatoria basada en la ausencia de culpa y la prueba liberatoria basada en el caso fortuito radicaría en que la primera

⁴⁰ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Op. cit., pp. 71-77.

⁴¹ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., pp. 59 y 89.

⁴² Ib., pp. 83 y 89.

⁴³ COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». Op. cit., col. 2654.

atañe a la evaluación de la conducta del sujeto-presunto responsable, según el criterio de la diligencia; la segunda, en cambio, no concierne a la evaluación del comportamiento del sujeto, sino que se refiere, exclusivamente a la demostración de que el daño ha sido producido por un caso fortuito, es decir, por una causa extraña del todo inevitable, a tal punto que resultaría absolutamente irrelevante brindar la prueba de la normal diligencia, es decir, de la ausencia de culpa del sujeto considerado.⁴⁴

Y puesto que «cuando las pruebas liberatorias se refieren al caso fortuito ellas no tienen que ver, para nada, con la culpa del presunto responsable, ni en el hecho constitutivo, ni en el hecho impeditorio, dichos supuestos se comprenden en el sistema de responsabilidad objetiva».⁴⁵

Por esto y, como antes se ha hecho ya referencia, en lo que respecta a la posibilidad de liberación de la responsabilidad objetiva por causa no imputable, se ha clasificado a esta en (a) «relativa», cuando el límite aplicable es el caso fortuito o fuerza mayor; y (b) «absoluta», cuando la imputación al agente procede aunque el daño sea suscitado por caso fortuito o fuerza mayor,⁴⁶ hipótesis esta última aplicable fundamentalmente a los supuestos de «ultrarrriesgo».

Lo oportuno de separar entonces la naturaleza «objetiva» o «subjetiva» de la responsabilidad de las cuestiones relativas a la prueba salta a la vista si se echa una mirada al tratamiento que al respecto ha brindado el articulado del Código Civil peruano.

En el artículo 1969, se establece que la responsabilidad extracontractual está basada en el dolo o la culpa, pero la ausencia de estos tiene que ser probada por el agente y no por el damnificado, como sí ocurre, coherentemente, en los países jurídicamente cercanos al nuestro.

Este solo dato haría legítimo poner en duda lo «subjetivo» de la cláusula normativa general contenida en la disposición citada, que aproxima la responsabilidad subjetiva a una responsabilidad semiobjetiva, contraviniéndose el principio de que «en la responsabilidad subjetiva, la víctima no puede obtener reparación si no es aportando la prueba de la culpa».⁴⁷

⁴⁴ COMPORTI, Marco. «Fatti illeciti: Le responsabilità presunte». En *Il Codice civile - Commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, p. 156. En el mismo sentido, parecería estar orientado VALSECCHI, Emilio. *Op. cit.*, p. 176-177.

⁴⁵ COMPORTI, Marco. «Fatti illeciti: Le responsabilità presunte». *Op. cit.*, p. 156.

⁴⁶ MAIORCA, Carlo. «Colpa civile (teoria generale)». En *Enciclopedia del Diritto*. Vol. VII. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1960, p. 552. Se adhiere a esta clasificación, COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 89.

⁴⁷ CARBONNIER, Jean. *Op. cit.*, p. 342.

Hoy por hoy, sin embargo, la antinomia «diligencia/culpa» ha debido ser repensada, fundamentalmente a partir de los aportes del análisis económico del derecho, y se ha reconocido que la diligencia —bajo los deberes de cuidado o prevención— orienta y llena de contenido la aplicación de las cláusulas generales interpretativas de responsabilidad subjetiva y objetiva, siendo «un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta». ⁴⁸

4. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970. La fusión de la responsabilidad por «hecho de las cosas» del Código Civil francés y la responsabilidad «por actividades peligrosas» del Código Civil italiano. ¿Por qué es «objetiva» la responsabilidad por riesgo o exposición al peligro?

La correcta comprensión del contenido del artículo que se comenta requiere, como mínimo, la clarificación, en términos jurídicos, de los conceptos de «actividad riesgosa o peligrosa» y de «bien riesgoso o peligroso».

Para cumplir tal objetivo es útil desentrañar los orígenes de esta disposición.

Debe señalarse, entonces, que, en el artículo 1970 del Código Civil peruano, parecieran refundirse dos regímenes jurídicos que, en los textos legislativos que nos han servido de modelo, se distinguen convenientemente: la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas del Código Civil italiano y la responsabilidad por hecho de las cosas, también presente en este último pero original del Código Civil francés.

En primer lugar, es manifiesta la influencia del artículo 2050 del Código Civil italiano, subtítulo «responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas», en la que se establece que «aquel que ocasiona un daño a otro en el desenvolvimiento de una *actividad peligrosa*, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados, queda obligado al resarcimiento, a no ser que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño».

En relación con este artículo, novedad introducida en el *civil law* por la codificación italiana, se refiere que constituye «una generalización de *fattispecie* típicas de responsabilidad que habían sido consagradas en la legislación especial (especialmente, en la relativa a la circulación vehicular), para hacer

⁴⁸ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho* (1992). Traducción del inglés por Eduardo Suárez. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 172.

frente a las actividades peligrosas no asimilables a las figuras tradicionales del daño mediante cosas o animales».⁴⁹

Las actividades peligrosas podían regularse, entonces, de dos maneras: «o se las prohibía, con la previsión de un sistema de control para los infractores y, de ser el caso, con sanciones penales; o se las admitía, como al final se hizo, bajo la condición de que los damnificados puedan ser resarcidos con mayor facilidad».⁵⁰

De otro lado, se ha señalado que el ordenamiento jurídico, frente al ejercicio de una actividad peligrosa, puede

prohibir el ejercicio de la actividad, por considerar intolerables los riesgos a los que quedarían expuestos los demás miembros de la sociedad, en proporción a las ventajas que el desarrollo de la actividad y sus resultados útiles pueden aportar a éstos (en el sentido de reflejo colectivo de una utilidad individual, atendiendo a la difusión del ejercicio de la actividad o a la contribución de la actividad a la producción nacional, a la ocupación, a la utilización de las fuerzas laborales de la sociedad o, como ha ocurrido en los últimos años, al desarrollo de los conocimientos técno-científicos); o puede, por el contrario, permitir el ejercicio de la misma actividad peligrosa, si la relación entre el riesgo y la ventaja, colectivamente valorizados, haga aceptable su desenvolvimiento. En este segundo caso, el ordenamiento debe realizar una elección en lo relativo a la repartición del riesgo entre todos los miembros de la sociedad, por un lado, y el que ejerce la actividad, por otro.⁵¹

Por esta razón, se dice que, en el supuesto analizado, nos encontramos ante actividades que, a pesar de estar permitidas, obligan al resarcimiento de los daños que generan: actividades dañinas o riesgosas que no se prohíben y que, pese a ser consentidas, son fuente de responsabilidad (objetiva).⁵²

Como bien hacía ver Esser, además, hay actividades peligrosas que resultan ser esenciales en la vida moderna, y alguien tiene que realizarlas necesariamente.⁵³

⁴⁹ SALVI, Cesare. *Op. cit.*, p. 1232. En perspectiva histórica, véase MINERVINI, Gustavo. «Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera». *Giustizia civile*, año II, 1952, pp. 626-627.

⁵⁰ FRANZONI, Massimo. «Dei fatti illeciti». En *Commentario del codice civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano*. Bolonia, Roma: Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1993, p. 482.

⁵¹ MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Giurisprudenza italiana*, 1973, parte I, col. 978.

⁵² TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. *Op. cit.*, p. 147.

⁵³ La referencia es de MINERVINI, Gustavo. *Op. cit.*, p. 638.

Pero ¿qué debe entenderse por «ejercicio de actividad» de un lado y por «actividad peligrosa» del otro?

En principio, por «ejercicio de actividad» se propone entender

una sucesión continuada y repetida de actos que se desarrolla en el tiempo y que se encuentra coordinada en sus fines. Los dos términos *ejercicio* y *actividad* concurren, por igual, para representar esta continuidad, esta sistematicidad energética que no se encuentra encerrada en una acción que se agota en sí misma, sino que presupone la inmanencia de una continua renovación en situación constante. *Ejercicio* —de *exercere*, tener en movimiento [...]— expresa cinematográficamente dicho concepto de continuidad en una serie de actos repetidos y constantes, que no concluye en una acción aislada, sino que se desenvuelve persistentemente, con constancia en el tiempo. *Actividad*, por su parte, refuerza el mismo concepto en su derivación prácticamente frecuente de *acto*, respecto del cual presupone una continua repetición en una serie de actos, ligados y coordinados a un fin orgánico y sistemático, como de explotación industrial.⁵⁴

Para el derecho, «actividad» es, pues, el conjunto de actos «coordinados o unificados en el plano funcional por la unicidad de su fin».⁵⁵

Ello no quiere decir, desde luego, que, abusando de la interpretación literal, estemos autorizados para asumir que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las omisiones. Estas, qué duda cabe, bien pueden traducirse en una situación de riesgo o de exposición al peligro⁵⁶ y dar lugar, entonces, a la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1970 de nuestro Código Civil.

Desde una perspectiva comparativa, sin dejar de reconocerse que la norma italiana constituye un avance respecto de las codificaciones europeas más tempranas, se manifiestan dudas sobre la conveniencia del camino seguido: un incremento en el plano de las categorías, en lugar de la formulación de cláusulas generales aplicables, por igual, a los daños causados por cosas o actividades⁵⁷ o a los daños provocados, fuera de toda intervención

⁵⁴ GENTILE, Guido. «Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose». *Responsabilità civile e previdenza*, año xv, 1950, p. 104. En el mismo sentido, véase SCOGNAMIGLIO, Renato. «Responsabilità civile». *Op. cit.*, p. 351.

⁵⁵ AULETTA, Giuseppe. «Attività (Diritto privato)». En *Enciclopedia del diritto*. Vol. III. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1958, p. 982.

⁵⁶ Este realce ya figura en VENDITTI, Arnaldo. «Sull'esercizio di attività pericolose». *Op. cit.*, p. 745. Véase *infra*, § 7, en relación con la responsabilidad de la Administración Pública por «peligros ocultos» en inmuebles de uso público.

⁵⁷ STONE, Ferdinand S. «Liability for damage caused by things». En *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. xi: *Torts*. Tubinga, La Haya, París, Nueva York: Mohr, Mouton, Oceana Publications Inc, 1972, p. 9.

causal del legalmente responsabilizado, «por entidades *seagentes*» (personas, animales o cosas que «actúan autónomamente»), como prefiere denominarlas, con fines sistemáticos, algún autor.⁵⁸

Y, por «actividad peligrosa» (con cargo de examinar el desarrollo conceptual en *infra*, § 6), puede indicarse preliminarmente que esta cabe ser entendida —desde una perspectiva tradicional— como «actividad potencialmente idónea para provocar daños inevitables»,⁵⁹ por lo que refiere a la introducción o incremento de riesgos o peligros a la sociedad. Empero, ¿de qué nivel de riesgo se habla? Las respuestas no han sido unívocas.

De un lado, se ha señalado que, si se reconoce que la vida misma está en capacidad de generar riesgos, una «actividad riesgosa» será aquélla que adiciona al individuo un peligro adicional al simple hecho de vivir.⁶⁰ Para otros, involucrará a «todas aquellas actividades que incrementan el nivel medio del riesgo».⁶¹ Y, en experiencias extrañas al *civil law*, se llegará a afirmar inclusive que «en los ordenamientos donde la peligrosidad de la actividad comporta un régimen especial de responsabilidad se debe requerir una específica cualificación de tal peligrosidad: en el *common law*, por ejemplo, ésta tiene que ser *ultrahazardous or extraordinary* [ultrarrriesgoso o extraordinario]».⁶²

Entendemos que la opinión anterior es crítica frente al mantenimiento en el Código Civil italiano de una norma que regula, con diverso tenor, la responsabilidad por hechos de cosas.

De ser así, la solución recogida en el Código Civil peruano parecería ser correcta si apuntara a unificar el tratamiento de ambos supuestos, solo que, siguiendo cabalmente a la aguda observación del autor citado, es menester afirmar también que las buenas expectativas que genera nuestro artículo 1970 se frustran por la conservación de disposiciones especiales de encrip-tado decimonónico, pero de historia más que milenaria, como la responsabilidad por daños causados por animales (art. 1979) y por caída de edificios (art. 1980), ambos con redacción defectuosa y, peor aún, distinta y contrastante con el sentido de la cláusula normativa general de vanguardia, desde cierto punto de vista, que los antecede.

⁵⁸ MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Op. cit.*, cols. 968-969.

⁵⁹ *Ib.*, col. 978.

⁶⁰ TRAZEGNIES, Fernando de. *Op. cit.*, § 73, p. 159.

⁶¹ GALLO, Paolo. *Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043/2059 C.C.* Turín: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 123.

⁶² COMANDÉ, Giovanni. «Commentario sub art. 18». En Massino Bianca y Francesco D. Busnelli (eds.). *Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675. A cura di C. Massimo Bianca e Francesco D. Busnelli*. A su vez en *Le Nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 491.

En segundo lugar, y retomando el tema de los orígenes del artículo examinado, hay que señalar, aunque el vínculo sea más remoto, que, en lo dispuesto en nuestro Código Civil, se percibe la herencia del artículo 1384 del Código Civil francés, a tenor del cual, justamente, «se es responsable no sólo del daño causado por hecho propio, sino también por el daño causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las *cosas* que se tienen bajo custodia».

Respecto de la experiencia francesa, en relación con el citado artículo del Código napoleónico, nos limitamos a informar que, a partir de una decisión judicial famosa de la Cour de Cassation, la sentencia *Jeand'heur* de 1930, la *responsabilité objective*, también denominada responsabilidad «de derecho» (*de droit*) o «de pleno derecho» (*de plein droit*) por el hecho de las cosas, se ha definido como «la obligación para el custodio de una cosa inanimada de indemnizar todo daño causado por otro por el hecho de dicha cosa; el custodio no puede eximirse si no es demostrando la fuerza mayor o el hecho de la víctima».⁶³

Conocer los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil es, desde luego, importante, pero no lo es menos asignarles su correcto lugar para evitar lecturas distorsionadas de la doctrina elaborada en Italia y Francia a partir de las normas citadas.

Por ello, es esencial informar que, en Italia, la segunda parte del artículo 2050, donde se hace referencia a la prueba de la «adopción de todas las medidas idóneas para evitar el daño», vuelve legítima la posición de quienes sostienen que el criterio de imputación allí establecido sigue teniendo carácter subjetivo⁶⁴ y que nos encontramos, entonces, frente a una hipótesis de «responsabilidad agravada por culpa presunta».⁶⁵ Esto significa que, al hacer referencia el artículo 2050 del Código Civil italiano a medidas de diligencia, se termina, desde la óptica tradicional (y en donde el concepto de culpa es definido como «negligencia»: noción opuesta a la de «diligencia»), en un «anclaje» de este precepto en el concepto de culpa, lo que para muchos ha impedido sustentar en Italia la exposición al peligro como basamento de una nueva cláusula general normativa de responsabilidad de naturaleza objetiva.⁶⁶

⁶³ GRYMBAUM, Luc. *Op. cit.*, p. 4. En perspectiva comparativa, véase STONE, Ferdinand S. *Op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ VALSECCHI, Emilio. *Op. cit.*, pp. 160 (nota 1), 164; SCISO, Carla Maria. «Spunti in tema di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose». En Michelle Spinelli (dir.). Vol. II. *Op. cit.*, p. 564; NATOLI, Ugo. *Op. cit.*, p. 769; CORSARO, Luigi. «Responsabilità civile: I) Diritto civile». *Op. cit.*, p. 24; entre otros.

⁶⁵ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. *Op. cit.*, p. 709.

⁶⁶ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 56.

Se escribe, desde esta perspectiva, que «la norma que regula la materia de los daños ocasionados a otros en el ejercicio de una actividad peligrosa ha repudiado el principio de la responsabilidad objetiva, al permitir al causante del daño la prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el mismo»⁶⁷

La alta probabilidad de que la actividad desarrollada dañe a otros y la potencialidad de crear daño que califica la actividad como peligrosa aconsejan a la ley obligar a quien la ejerce a una prevención severa y rigurosa para salvar a los terceros, y a imponer, en concreto, a través de la regulación de la carga de la prueba, una regla de conducta para el que ejerce la actividad.⁶⁸

Según esta misma línea de pensamiento, que hasta hoy goza de abrumadora acogida en la jurisprudencia italiana, dichas medidas serían todas aquellas brindadas «por la técnica y que se tengan a disposición, atendiendo a las circunstancias del caso; ello implica la observancia de un comportamiento libre de negligencia reprobable». ⁶⁹ En otras palabras, estaríamos ante una presunción legal que solo puede superarse mediante la prueba liberatoria, por lo demás difícilmente realizable, de la «diligencia profesional», o sea, la conformidad del propio obrar a las prescripciones técnico-normativas que rigen una actividad determinada.⁷⁰

Los partidarios de esta apreciación esgrimen en pro de su causa, de igual forma, un pasaje de la *Relazione al Codice civile* (una especie de exposición de motivos de este texto legal), donde se expone que, en el terreno de las actividades peligrosas, se aplica una «solución intermedia» entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: se establece una inversión de la carga de la prueba y esta, para efectos liberatorios, pasa a recaer en el causante del daño —quien verá, así, ampliado el contenido de su deber de diligencia—, pero la culpa sigue constituyendo la base de la responsabilidad.⁷¹

Llama la atención, de todas formas, que un temprano analista de la norma, sin alejarse de la perspectiva subjetivista, haya auspiciado algo que coincide

⁶⁷ MICCIO, Renato. *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*. 2.^a ed. aumentada. En *Commentario del codice civile*. Turín: UTET, 1966, p. 813.

⁶⁸ CORSARO, Luigi. «Responsabilità da attività pericolose». En *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Vol. xvii. Turín: UTET, 1998, p. 88.

⁶⁹ CUPIS, Adriano de. *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile*. 3.^a ed. T. II. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 184.

⁷⁰ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. Op. cit., p. 709. En igual sentido, véase SCISO, Carla María. Op. cit., p. 571.

⁷¹ A este argumento recurren VALSECCHI, Emilio. Op. cit., p. 160 (nota 1); FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., pp. 1381-1382; SCISO, Carla María. Op. cit., p. 567; entre otros.

con lo determinado por nuestros codificadores. Él consideraba que el artículo 2050 del Código Civil italiano se encontraba

en el camino de los grandes principios: con él se ha colmado una laguna, y se influye en ulteriores sectores de la actividad humana, por el progresivo restablecimiento de la libre coexistencia de los derechos. En un ulterior desarrollo del concepto se podrá arribar a la codificación de una presunción única que se centre en el principio de la peligrosidad, así como, en su momento, el principio de la responsabilidad por culpa subjetiva resultó de la unificación del concepto de la culpa en las diversas hipótesis de *damnum iniuriam datum*.⁷²

Pero otro grupo de autores, a quienes cabe reconocer, además, el mérito de superar con fundamentos la interpretación «auténtica» de la ley —llámemosla así— considera, en cambio, que la inversión de la carga de la prueba en el artículo 2050 coincide, en último análisis, con una regla de responsabilidad objetiva.⁷³

Lo que el Código Civil italiano exige probar es, según esta línea de pensamiento, «el hecho objetivo de que se han adoptado medidas brindadas por la técnica, aptas para evitar el daño», de modo que estaríamos ante una hipótesis de responsabilidad «por riesgo objetivamente evitable».⁷⁴

Se sostiene, igualmente, en esta línea de pensamiento, que debiera juzgarse correcto, desde una óptica objetivista, que en la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas

el núcleo constitutivo prescinde de la existencia de un comportamiento culposo, y requiere sólo que la acción sea llevada a cabo por quien ejerce una actividad peligrosa, durante cuyo ejercicio se produzca un daño injusto. La relación entre hecho y daño se establece, entonces, con prescindencia de la culpa, y el efecto del resarcimiento depende exclusivamente del ejercicio en concreto de una actividad peligrosa [...]. La concepción que atribuye un fundamento culposo a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas no es leal con la evolución producida en el campo de la actividad industrial, que produjo la categoría de los llamados daños anónimos y necesarios.⁷⁵

⁷² GENTILE, Guido. *Op. Cit.*, p. 103.

⁷³ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, p. 278; COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. *Op. cit.*, pp. 96-97; VISINTINI, Giovanna. *La responsabilità civile nella giurisprudenza*. Padua: Cedam, 1967, p. 388; PATTI, Salvatore. *Prove - Disposizioni generali*. En *Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*. Bolonia, Roma: Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1987, p. 126; entre otros.

⁷⁴ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, pp. 48, 278-279.

⁷⁵ FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti*. *Op. cit.*, pp. 533-534.

Pero en el Código Civil peruano —esto es lo que cuenta— no se presenta la criticada inversión de la carga de la prueba que ha movido a un sector de la doctrina italiana a calificar el artículo 2050 del Código Civil de su país como «el mayor obstáculo para la identificación de un principio general de responsabilidad objetiva de empresa en el sistema del Código Civil»⁷⁶ y hasta como una «desilusión» propiamente dicha.⁷⁷

La norma italiana también ha sido juzgada por algunos como «insuficiente» y «excesiva»: lo primero,

porque la prueba liberatoria de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño [...] puede devenir una *probation diabolica*, o puede, por el contrario, ser demasiado fácil [...]. Es excesiva en el aspecto de la previsibilidad del daño, el cual, cuando se trata de actividades peligrosas, está [...] *in re ipsa*, de modo que el empresario respondería siempre, porque el daño sería siempre previsible.⁷⁸

La interpretación en clave «objetiva» del artículo 1970 de nuestro Código tiene también a su favor una antigua y autorizada doctrina francesa que, de la mano con una jurisprudencia vanguardista, subraya con decisión, en el citado artículo 1384 del *Code Napoléon*, la ausencia de toda referencia a la culpa (*faute*) y, por lo tanto, la mera exigencia de una relación de causa-efecto entre la cosa y el daño,⁷⁹ a fin de establecer la responsabilidad.

Sobre la base de esta apreciación, tan simple cuanto aguda, nacen sucesivamente, a fines del siglo XIX, las llamadas teorías del «riesgo profesional» (*risque professionnel*) y del «riesgo creado» (*risque créé*).

Entre ambas teorías hay —digámoslo así— una diferencia de amplitud del campo visual. La primera, esbozada por Raymond Saleilles (1855-1912) a partir de 1894, aplica la perspectiva objetiva a la administración de los daños producidos por las grandes fábricas.⁸⁰ La segunda, planteada por Louis Josserand (1868-1941), es menos limitada y considera que se es inmediatamente responsable, por razones de equidad y sin que para ello sea necesario analizar el plano subjetivo o el rubro de actividad, de los daños causados por el hecho de las cosas de las que uno se sirve. El deber de

⁷⁶ SALVI, Cesare. *Op. cit.*, p. 1234.

⁷⁷ CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». *Op. cit.*, p. 4.

⁷⁸ GRASSETTI, Cesare. «Diritto dell'energia nucleare: Il regime giuridico della responsabilità civile». En *Il Foro padano*, vol. x, 1960, col. 51.

⁷⁹ JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, p. 74.

⁸⁰ Según la síntesis de MASSIGLI, Charles. «Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle». En BEUDANT, Robert et al. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. París: Arthur Rousseau, 1914, p. 435 y ss.

resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace *ex lege*,⁸¹ en cabeza de quien genera el riesgo. Este «debe ser asumido por aquel que lo ha creado, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa [...]. El riesgo, noción concreta y de orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce el gobierno de ésta».⁸²

A aquella doctrina francesa, en su momento contestataria, se debe la centenaria asociación de la responsabilidad objetiva con el ámbito, precisamente, de los daños causados por cosas,⁸³ mientras que en el resto de hipótesis sigue predominando la responsabilidad por culpa.

Hay quien ha advertido la incompatibilidad entre la culpa y el riesgo, y propone una noción alternativa: la «garantía», como verdadero fundamento de la responsabilidad civil.⁸⁴

En Italia, el debate se escenifica en el decenio 1960-1970, y se hablará de riesgo de empresa (*rischio di impresa*) y de exposición al peligro (*esposizione al pericolo*) (véase *infra*, § 6). Este hecho está ligado directamente con la terminología de nuestro codificador que utiliza los adjetivos «riesgoso» y «peligroso».

Un autor, teniendo a la vista la sola cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual consagrada en el Código Civil de su país (que es de carácter subjetivo), decía bien que el riesgo no tenía posibilidad de sustituir a la culpa como criterio de imputación, porque este «debe ser determinado por la ley, y no inventado por el intérprete. La ley ha escogido y señalado la culpa; no hay ninguna indicación, junto a ella, del riesgo».⁸⁵

Por la misma razón, sin embargo, se señalaba también que, en la interpretación del artículo 2050 de dicho Código, aun cuando estuviera fuera de lugar y fuera irrelevante recurrir al «riesgo», no podía afirmarse lo mismo respecto del «peligro», porque este sí es un elemento en el que se apoya la ley expresamente.⁸⁶

Ateniéndonos a estas consideraciones doctrinales y a los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil peruano que hemos revisado, así como al «riesgo» y a la «exposición al peligro», a los cuales se remite legalmente

⁸¹ JOSSEURAND, Louis. *Op. cit.*, pp. 89 y 98.

⁸² *Ib.*, p. 125.

⁸³ VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. *Op. cit.*, p. 84.

⁸⁴ STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. París: L. Rodstein, 1947, p. 51 y ss.

⁸⁵ BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, p. 811. En igual sentido, véase SCISO, Carla María. *Op. cit.*, pp. 561-562 y 566.

⁸⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. «Responsabilità civile». *Op. cit.*, p. 351.

como criterios de imputación, podemos afirmar, ahora sí, sin incurrir en apriorismos, la naturaleza objetiva de la responsabilidad allí normada.

En la codificación peruana no existe, pues, desde el punto de vista de los conceptos tradicionales, la discusión del «anclaje» de la responsabilidad por exposición al peligro en la cláusula general por culpa, por lo que, al no haberse codificado tampoco la teoría del «hecho ilícito», cabe perfectamente afirmar a la responsabilidad objetiva por riesgo como una cláusula general interpretativa de responsabilidad de igual valor que la cláusula general por culpa; todo ello, sin perjuicio de analizar más adelante (*infra*, § 9), si en verdad una referencia tal, como la realizada por el artículo 2050 del Código Civil italiano, a la «prueba de haber adoptado toda las medidas idóneas para evitar el daño», representa o no en realidad un «anclaje» en el concepto de culpa.

5. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970 (sigue): ¿por qué es erróneo hablar de «bienes riesgosos o peligrosos»?

Acabamos de anotar que, con lo decidido por el legislador peruano, al no prescribirse ninguna inversión de la carga de la prueba, se ha evitado, a fin de cuentas, la importación de la discusión entablada al respecto entre los intérpretes del artículo 2050 del Código Civil italiano, que parece haber servido al artículo 1970 del Código Civil peruano de modelo.

Sin embargo, en el artículo que estamos comentando, se comete una incoherencia de la que, curiosamente, bien pudo habernos prevenido la propia doctrina italiana: hablar de «bienes riesgosos o peligrosos» es doblemente errado.

Es errado, en primer lugar, porque haber utilizado el término «bien», en vez de «cosa», como se hace acaso en todos los Códigos Civiles foráneos, no es correcto desde una perspectiva estricta y necesariamente técnica.

Dogmáticamente entendido, el concepto de «bien» equivale a «objeto de protección jurídica», en sentido lato; o «punto de referencia objetivo de un derecho subjetivo (o, de ser el caso, de una situación subjetiva)», en sentido estricto.⁸⁷

Así pues, pertenecen también a esta categoría los *Lebensgüter* («bienes de la vida»), los «bienes esenciales de la persona, es decir, sus valores esenciales (vida, honor, etc.)»,⁸⁸ que son objeto de los derechos de la personalidad, de

⁸⁷ PUGLIATTI, Salvatore. «Beni (Teoria Generale)». En *Enciclopedia del Diritto*. Vol. v. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1959, pp. 173 y 187.

⁸⁸ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. T. vi: «La proprietà». Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1999, p. 52.

los *Grundrechte* («derechos fundamentales», como se acostumbra también llamarlos), constitucionalmente protegidos.⁸⁹ Por obvios motivos, estos «bienes» no admiten, desde ningún punto de vista, ser calificados como «riesgosos» o «peligrosos».

El mismo reparo puede formularse si se piensa en aquellas entidades, igualmente no susceptibles de ser calificadas en términos de «riesgo» o «peligrosidad», que ostentan la característica de la ausencia de corporalidad, pero que, por poseer objetividad jurídica, por ser objeto de derechos subjetivos, reciben la denominación de «bienes inmateriales»:⁹⁰ marcas, diseños industriales, patentes, etc.

A la misma constatación se arriba si se piensa en los llamados «derechos patrimoniales», o sea, en los «derechos subjetivos que protegen un interés económico valorable y que concurren a conformar el patrimonio de un sujeto»,⁹¹ que, para una parte de la doctrina, también serían bienes. Para efectos de la responsabilidad patrimonial del deudor, por ejemplo, los créditos, que son «derechos», se consideran «bienes», en tanto y en cuanto elementos «activos» (ejecutables) de un patrimonio.⁹² En nuestro Código Civil (art. 886, n.º 7), las «rentas o pensiones» forman parte del elenco de los «bienes muebles».

En cambio, la noción de «cosa», en sentido jurídico, es «eminente mente histórica, y no ya naturalística o abstracta. Cosa es toda parte del mundo externo al ser humano [...] que puede quedar sujeta a su señorío».⁹³ Es una noción «prejurídica y, por lo tanto, extrajurídica: se trata de un elemento de la realidad que es tomado en consideración por el derecho; si al final del examen se considerará que tal elemento puede constituir objeto de un interés jurídicamente relevante, entonces la «cosa» será calificada como «bien»».⁹⁴

⁸⁹ GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 10.^a ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2003, p. 194.

⁹⁰ MESSINETTI, Davide. «Beni immateriali». En *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. v. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 1 (de la separata); SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. *Dei beni*. En *Il Codice civile - Commentario diretto da Piero Schlesinger*. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1999, p. 5.

⁹¹ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. T. vi. *Op. cit.*, p. 52.

⁹² MAIORCA, Carlo. «Beni». *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. v. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 11 (de la separata); BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. T. vi. *Op. cit.*, p. 52; GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, pp. 193-194. En contra, véase SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. *Op. cit.*, pp. 18-19.

⁹³ MARTINO, Francesco de. «Commentario sub art. 810». En *Della proprietà*. 3.^a ed. A su vez en *Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*. Bolonia, Roma: Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1968, p. 1.

⁹⁴ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. «Cosa». *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Vol. iv. Turín: UTET, 1989, pp. 443-444.

Esta última es la idea que se quería reflejar en la norma del Código Civil francés sobre la responsabilidad «*du fait des choses*». Más aún, la doctrina francesa ha circunscrito la aplicación del artículo a las «*choses inanimées*», atendiendo a que los daños por hechos de las cosas «con actividad propia», como los animales, reciben un tratamiento especial dentro del mismo código.⁹⁵ De aquí también que, en Francia e Italia, el concepto fundamental para entender a cabalidad tal hipótesis sea la relación de «*custodia*» entre el imputado y la cosa. En ninguna de las experiencias de tales países, como es palmario, se está pensando en la idea de «bien».

Por lo demás, la usual restricción del término «cosa» a las solas entidades «corporales», admitida por la doctrina,⁹⁶ también concuerda perfectamente con el sentido de estas reglas jurídicas importadas.

En nuestro Reglamento Nacional de Tránsito se ha salvado bien esta incorrección terminológica al establecerse que el peligro se refiere a la conducción de automóviles, y no a los automóviles en sí mismos: «la persona que conduzca un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, infringiendo las reglas de tránsito, será responsable de los perjuicios que de ello provengan» (art. 271).

Sin perjuicio de cuanto acabamos de señalar, está claro que la crítica no puede tener como único sustento una observación terminológica por más pertinente que esta sea, más aún teniendo en cuenta que, en nuestro Código Civil, hay ocasiones en las cuales se utilizan indistintamente los términos «bien» y «cosa».

Recuérdense, a propósito, los artículos 947 y 948, en los que se hace referencia a la transferencia de propiedad de una «cosa mueble», mientras que, pocas líneas después, el artículo 951 trata de la adquisición por prescripción de un «bien mueble».

Por ello, hay que refinar la crítica añadiendo, en segundo lugar, que lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil es equívoco porque *las cosas no son jamás en sí mismas riesgosas ni peligrosas*.

No existe una categoría de «*res periculoseas*» ni cosas de las que se pueda afirmar que tengan una aptitud intrínseca para producir consecuencias dañinas.

Lo cierto es que incluso la cosa más inocua puede convertirse en peligrosa, atendiendo a la situación específica, y aun en grado superior al de aquellas que, a primera vista, sí se juzgarían como tales.⁹⁷

⁹⁵ DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Parte I: Sources des obligations. T. v. París: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 364.

⁹⁶ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 444; BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. T. VI. *Op. cit.*, p. 54; SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. *Op. cit.*, p. 13.

⁹⁷ GERI, Vinicio. *Responsabilità per danni da cose ed animali*. 2.ª ed. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1967, p. 242; GRYNBAUM, Luc. *Op. cit.*, p. 7.

Puede ser más peligrosa una navaja de afeitar en las manos de un niño o de una persona inconsciente o exaltada, que un arma cuyo uso sea difícil o que, por su peso, no pueda ser sostenida por un muchacho. Una piedra pequeña, lanzada con gran violencia, incluso por una persona no particularmente fuerte puede ser más peligrosa que una roca que no pueda ser levantada con facilidad. [...]. Los medicamentos pueden ser curativos, pero también letales, dependiendo de la persona que los tome, de la cantidad y del uso que se haga de ellos, según las circunstancias. Jamás se podrá decir que un medicamento es una cosa peligrosa, aunque todo medicamento, desde cierto punto de vista, sí puede ser peligroso.⁹⁸

Anotaba por esto bien Trimarchi que, en realidad,

la responsabilidad objetiva viene ligada a «actividades» y no a «cosas» que presenten un riesgo. Se ha en efecto sostenido que la norma sobre el daño por cosas se debe aplicar sólo a las «cosas» peligrosas, y justamente esta tesis ha sido criticada en base a la consideración que no existe una categoría de las «cosas peligrosas», por lo que la misma cosa puede ser peligrosa o inocua según las circunstancias. Observación exacta: para convencerse baste pensar que existen sustancias químicas inocuas en condiciones normales, las cuales resultarán peligrosas cuando vengan expuestas, en el curso de un procedimiento industrial, a ciertas presiones, a ciertas temperaturas, al contacto con otras sustancias. Pero sería injustificado extraer de esta exacta premisa la conclusión de que la existencia y el grado del riesgo no desarrollan algún rol en la interpretación y en la aplicación del art. 2051º c.c. Ya Stallybrass, en un estudio dedicado a un problema análogo en relación al *common law*, ha observado que no se puede hablar de cosas peligrosas *in sé*, sino sólo de cosas peligrosas *sub modo*, habiendo concluido que la responsabilidad se conecta no tanto a la cosa cuanto a la actividad que con ella viene desenvuelta, y al riesgo que así viene creado: y esta me parece la única conclusión adecuada.⁹⁹

La posición contraria, si bien ilustremente representada, se basará en la referencia expresa del artículo 2050 del Código Civil italiano a la «naturaleza de los medios adoptados». ¹⁰⁰ Este es un dato fundamental por tener en cuenta, ciertamente. Ocurre, sin embargo, que dicho fragmento quedó al margen en la importación normativa verificada en nuestro artículo 1970. Este es un decisivo argumento a favor de la inexistencia de las cosas riesgosas o peligrosas.

⁹⁸ BRASIELLO, Ugo. «Cose “pericolose” e cose “seagenti”». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año x, 1956, p. 35.

⁹⁹ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Op. cit., pp. 215-216.

¹⁰⁰ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., p. 200; CUPIS, Adriano de *Dei fatti illeciti*. 2.^a ed. En *Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*. Bolonia, Roma: Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano, 1971, p. 90.

Se afirmará, de igual forma, que existen ciertas cosas que poseen en sí mismas cierta potencialidad dañosa y que pueden considerarse peligrosas de acuerdo con un juicio de estimación de su peligrosidad basado en criterios estadísticos y cuantitativos. Así, una «materia venenosa, observando los hechos de un determinado período de tiempo, es decir, siguiendo un criterio rigurosamente objetivo, ocasiona una serie de accidentes infinitamente superiores, tanto en cantidad cuanto en gravedad, que los derivados de una navaja de afeitar». ¹⁰¹

Pero, aunque se admitiera que una cosa tiene una propia y autónoma potencialidad dañosa, la causa principal del daño siempre será representada por una actividad peligrosa y no por la cosa en sí. «Es la acción del hombre lo que hace de la cosa un objeto mediato de su actividad, aun cuando ella escape de todo control en la fase dinámica». ¹⁰²

Para el ordenamiento jurídico, por lo demás, «la pura y simple derivación del daño de la cosa es irrelevante; lo que cuenta, para efectos de la responsabilidad, es que un comportamiento humano haya alimentado el peligro del daño, y haya influido, de tal forma, en el origen del daño mismo, es decir, en el peligro, y por este medio, en el propio proceso dañoso que deriva de la cosa». ¹⁰³

En este punto, tampoco debe ser generador de confusión el hecho de que, en los países donde sí se ha regulado la responsabilidad civil por hecho de las cosas, algunos autores hayan pretendido restringir la aplicación de las disposiciones respectivas a las «cosas peligrosas», bajo la creencia de que solo estas son idóneas para provocar daños.

También en dichas experiencias se ha respondido, decididamente, que la peligrosidad es «una noción relativa que puede referirse a todo tipo de objeto [...]. [T]odo cuerpo se halla sometido, cuando menos, a la fuerza de gravedad, y es susceptible, por lo tanto, y bajo determinadas circunstancias, de causar daños». ¹⁰⁴

¹⁰¹ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., p. 201.

¹⁰² FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti*. Op. cit., p. 525. Véase también VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Op. cit., p. 657; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La responsabilidad civil del gestor de base de datos en la informática jurídica». *Ius et Veritas*, año VIII, n.º 15, 1997, pp. 279-280; LEÓN, Leysser L. «Consideraciones sobre los daños por homicidio y las técnicas para su resarcimiento» (2002). En *La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Op. cit., pp. 172-173 (48).

¹⁰³ CUPIS, Adriano de. *Il danno - Teoria generale della responsabilità civile*. T. II. Op. cit., p. 191.

¹⁰⁴ ZIVIZ, Patricia. «Il danno cagionato dalle cose in custodia». En *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1989, parte II, p. 101; pero ya BRASIELLO, Ugo. Op. cit., p. 27 et passim; y VENDITTI, Arnaldo. «Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia». Op. cit., p. 882.

La unanimidad de la jurisprudencia francesa en este último sentido, que se rehusa a limitar la aplicación de la responsabilidad por hecho de las cosas a las «*chooses dangereuses*», es también ilustrativa al respecto.¹⁰⁵ Un autor informa irónicamente, acerca de este punto, que los jueces franceses han declarado procedente la responsabilidad civil en casos relativos a vehículos (incluidas las bicicletas), árboles, instalaciones eléctricas, sustancias explosivas, pero también al jabón.¹⁰⁶

A la mención de los bienes riesgosos o peligrosos se debe, con seguridad, más de una cuestionable decisión de nuestro Poder Judicial.

En CAS. n.º 823-2002, por ejemplo, uno de los puntos que los magistrados dan por descontado, inaceptablemente, para formular sus consideraciones sobre un tema de liquidación de daños a la integridad física causados con una motonave (véase *infra*, § 10) es la naturaleza de bien peligroso de esta.

En dicho fallo se lee, sin más, que «al tratarse de un accidente en una motonave calificada como bien riesgoso debe tenerse en cuenta, además, el artículo 1970º del código», y, naturalmente, que «al producirse un daño mediante un bien riesgoso la demandante está obligada a indemnizar».

También se señala que el desperfecto del motor de la nave, que desencadena el accidente, es «un riesgo típico de la actividad de transporte» (véase *infra*, § 10).

Lo anterior es correcto en tanto niega que un hecho semejante pueda considerarse «caso fortuito». La doctrina secunda tal perspectiva, pues no admite que se reconozcan como «causas extrañas inevitables» eximentes de responsabilidad tales como la autocombustión de sustancias inflamables, la ponchadura de una llanta, el mal funcionamiento repentino de los frenos o incluso un malestar que sobreviniera al conductor de un vehículo, entre otros ejemplos.¹⁰⁷

Ocurre, nada más, que, con lo señalado por la Corte Suprema, como es fácil de apreciar, la característica de «riesgoso» deja de vincularse con el «bien» del que se está tratando y pasa a referirse a la «actividad».

Contradicciones similares se aprecian en nuestra también citada Ley General de Residuos Sólidos. En su artículo 22, subtítulo «definición de residuos sólidos peligrosos», se señala que son tales «aquellos que por sus características o el manejo al que son o van a ser sometidos representan un

¹⁰⁵ La referencia es de VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAN. *Les conditions de la responsabilité*. 2.ª ed. En *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghelin*. París: L. G. D. J., 1998, p. 575.

¹⁰⁶ STONE, Ferdinand S. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁷ COMPORTI, Marco. *Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, col. 2654.

riesgo significativo para la salud o el ambiente». Hasta este punto parece que la peligrosidad puede obedecer tanto a las «características» (plano estático) cuanto al «manejo» (plano dinámico) de los residuos, solo que, en la misma ley, la responsabilidad (art. 23.1) recae en «el que causa un daño durante el manejo de residuos sólidos peligrosos».

La Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, reconstituida mediante Resolución Ministerial n.º 460-2002-JUS, formula una solución a este problema terminológico, pero atendiendo a un fundamento parcialmente diverso.

El nuevo texto del artículo 1970 pasaría a ser el siguiente: «aquel que por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo». Se propone, pues, omitir la referencia a los bienes riesgosos o peligrosos, porque se asume que esta calificación es

arbitraria y limitante. Arbitraria, debido a que al determinar el carácter de «peligrosidad», la mayoría de las veces, se confunde la naturaleza del bien con la utilización que se hace del mismo; por ejemplo, un lápiz puede ser calificado como inofensivo, pero si se usa para agredir físicamente a una persona deja de serlo y, en buena cuenta, lo que se debe tener presente es la «actividad», entendida como una práctica reiterada, para la calificación del «riesgo» o del «peligro». Limitante, porque curiosamente, no existe —como en otras experiencias— un precepto general de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por los bienes (sean o no peligrosos). Es en atención a ello que se mantiene la responsabilidad objetiva por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa.¹⁰⁸

Si es de saludar la decisión de la Comisión en este punto, resulta dudosa la bondad de un cambio que proponga, como «complemento de la reforma introducida» (sic) en el artículo 1970, la eliminación del supuesto de responsabilidad civil por la caída del edificio «para sustituirlo por el de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por los bienes (riesgosos o no, edificios o no), estableciéndose una responsabilidad solidaria entre el propietario y el poseedor».¹⁰⁹ El reformado artículo 1980 señalaría: «El propietario del bien es responsable por los daños que éste cause. Su responsabilidad es solidaria con la del poseedor».

A todas luces, esta propuesta de la Comisión no tiene en cuenta que las finalidades de la norma que se pretende erradicar, inspirada en el Código Civil italiano, siguen teniendo vigencia y conviven en su país de origen, sin

¹⁰⁸ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código civil de 1984», 2005, p. 19 (del documento). En <<http://www.minjus.gob.pe>>.

¹⁰⁹ *Ib., loc. cit.*

problemas, con la disposición en materia de responsabilidad civil por daños de cosas que se tienen bajo custodia.

También la doctrina ha identificado, en la situación subjetiva de propietario (o de titular de otro derecho —real o personal— de uso y disfrute), uno de los criterios de imputación en la responsabilidad civil,¹¹⁰ pero se ha advertido, por algún autor, que apartarse de la culpa, en ciertas hipótesis y en tan terminante grado, constituye una «ilusión tan generosa cuanto peligrosa».¹¹¹

Lo cierto es que la responsabilidad del propietario es normalmente reconocida como un supuesto de responsabilidad legal que, asociado a veces con la actividad que involucra a la cosa que es de su dominio, «subentra» bajo el campo de aplicación de determinado criterio de imputación. Ello sucede, por ejemplo, con los artículos 1979 y 1980 del Código Civil peruano, que imputan responsabilidad al propietario de un can y al propietario de un edificio, respectivamente. Más curiosa es la imputación directa de responsabilidad objetiva que realiza la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre en el Perú, ley 27181, que en su artículo 29 establece que

la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código civil. El conductor, *el propietario del vehículo* y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Lo curioso de esta norma es precisamente su referencia directa al Código Civil como si fuere este cuerpo normativo el que calificara a la actividad de transporte y tránsito terrestre como una actividad «per se» peligrosa o, peor aún, al vehículo automotor como un «bien riesgoso».

Un frecuente y grueso error de muchos de los juristas del *civil law* es el de generalizar y pensar que existen actividades que, en su totalidad, puedan ser llevadas a supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva o subjetiva. Ello dependerá, en realidad, de la identificación de las capacidades de prevención exigibles a los sujetos en cada supuesto en particular y, llegado el caso, de la necesidad de contrastar este hecho con la función de incentivación de actividades.

¹¹⁰ BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Op. cit.*, pp. 735, 750 y ss.

¹¹¹ BUSNELLI, Francesco Donato. «Principi per l'unificazione del diritto in materia di responsabilità extracontrattuale (Elementi costitutivi della fatispecie, colpa e ingiustizia)». *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 3, 1997, p. 192.

Así como no existen actividades que por sí mismas puedan ser calificadas en su totalidad como «riesgosas» (sin perjuicio de considerar una generalidad no absoluta si se reputa que la actividad ya ha alcanzado un aceptable desarrollo tecnológico, como, por ejemplo, la circulación vial, el transporte aéreo, la responsabilidad del productor, etc.), no han faltado autores que consideran que todos los supuestos de responsabilidad sin culpa regulados en leyes especiales deben ser reputados como supuestos de responsabilidad por riesgo.¹¹²

6. Los criterios objetivos de imputación: el riesgo de empresa y la exposición al peligro. Su encuadramiento desde el punto de vista teórico

Como hemos anotado, los adjetivos «riesgo» y «peligro» utilizados en nuestro Código Civil corresponden históricamente a dos teorías perfectamente distinguibles en su origen acerca de la responsabilidad objetiva. Cada una de estas teorías tiene un lenguaje propio y, lo que es más, una de ellas, la teoría de la «exposición al peligro», ha sido formulada como superación de la otra, la teoría del «riesgo».

Tal vez por esta última razón se ha dictaminado que el límite del intento de fundar un sistema moderno de responsabilidad donde coexistan dos reglas generales (subjetiva y objetiva) consiste en lo difícil de derivar una regla de responsabilidad objetiva que sea válida para congregar las diversas *fattispecie* normativas que no se fundan directamente en el criterio de la culpa.¹¹³

Pero dado que las dos teorías inicialmente señaladas aspiran, precisamente, a dotar de fundamento a la responsabilidad objetiva, rendiremos breve cuenta de ellas.

6.1. *Riesgo creado, riesgo-beneficio, riesgo de empresa*

Hay que aclarar, previamente, que «riesgo» es un concepto que cobra importancia en el marco de una actividad humana, es decir,

un fenómeno subjetivizado, atendiendo a la valoración esencialmente económica del *alea* que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. En cambio,

¹¹² STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Obligations*. T. 1: *Responsabilité délictuelle*. 5.^a ed. París: Éditions Litec, 1996, § 51, p. 34.

¹¹³ BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Op. cit.*, p. 685.

«peligro» es amenaza notable de daño a terceros, grave probabilidad de lesión, derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación. Es una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo aspecto principal resulta de su proyección hacia el exterior, en relación con los terceros amenazados por el daño.¹¹⁴

El riesgo «no es más que un aspecto, el aspecto económico del peligro objetivamente considerado».¹¹⁵ «Peligrosidad» es «imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».¹¹⁶

De «riesgo» empieza hablarse, en el terreno que nos interesa, bajo la idea de que quien obtiene un beneficio debe ser responsable por los daños que genere para los demás con tal aprovechamiento. De esta forma comienza a mencionarse en la obra de autores de la primera mitad del siglo XX y para explicar la responsabilidad civil por daños cometidos por animales. Así, por ejemplo, se afirma una máxima latina que, curiosamente, no está presente en las fuentes del derecho romano: «*Ubi commoda ibi et incommoda*» o «*cuius commoda eius incommoda esse debet*» o, con tono menos indirecto, «*ubi emolumen-mentum, ibi onus*»,¹¹⁷ para decir que «quien tiene como parte de su patrimonio, o en su empresa, animales necesarios, o útiles o necesarios para conservar o desarrollar esta última, responde, aun cuando libre de toda culpa, haya ocasionado daños con tales animales».¹¹⁸ En la reparación de los daños, se apreciará la «contrapartida de los beneficios procurados».¹¹⁹

El empleo de dicha máxima ha sido objeto de una crítica inapelable. Si, por ejemplo, se pretendiera recurrir a la idea del *commodum* para explicar la responsabilidad de los propietarios de automóviles (que es lo que se hace, nótese bien, en aquel sector de nuestra jurisprudencia que parte de la equivocada idea de que los conductores son a priori responsables y de que el automóvil es un bien peligroso que, además, hoy en el Perú, pareciera tener hasta sustento legal con las presunciones de responsabilidad contenidas en los artículos 272, 273 y, sobretodo, 276 del Reglamento Nacional de Tránsito apro-

¹¹⁴ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 170.

¹¹⁵ FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». *Op. cit.*, p. 1387 (nota 25).

¹¹⁶ MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Op. cit.*, col. 973. También en MARTINI, Demetrio de. *I fatti produttivi del danno risarcibile*. Padua: Cedam, 1983, pp. 241-242.

¹¹⁷ CARBONIER, Jean. *Op. cit.*, p. 341.

¹¹⁸ PACCHIONI, Giovanni. *Diritto civile italiano*. Parte II. Vol. IV: «Dei delitti e quasi delitti». Padua: Cedam, 1940, p. 240. De acuerdo, véase VALSECCHI, Emilio. *Op. cit.*, p. 159; MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Op. cit.*, col. 971.

¹¹⁹ CARBONIER, Jean. *Op. cit.*, p. 341.

bado por decreto supremo 033-2001-MTC), se pasaría por alto, de modo imperdonable, que el *commodum* o beneficio es, en realidad, como ha advertido algún autor,

de todos aquellos que utilizan automóviles para transportarse de un lugar a otro, es decir, de la mayor parte de los miembros de la sociedad. Y no debe perderse de vista que el sector de los accidentes automovilísticos es, justamente, aquel en el cual la conciencia social advierte en gran medida la necesidad de evaluar la responsabilidad de los conductores en términos de culpa, con la exoneración de aquellos que se atienden perfectamente a las normas jurídicas y técnicas para el manejo de vehículos. Que yo deba resarcir los daños por un choque que no se ha debido a mi culpa es juzgado, socialmente, como una clara injusticia.¹²⁰

También se ha argumentado que la máxima puede, a lo sumo, justificar una responsabilidad extendida a los riesgos normales (o a los riesgos razonablemente probables), pero no a los riesgos absolutamente fuera de la normalidad, respecto de los cuales no habría razón para asumir que el empresario ha decidido soportarlos libre y espontáneamente.¹²¹

Hay, en fin, quien manifiesta que las máximas en mención, vagas, indeterminadas e inciertas, no pueden ser invocadas, por carecer de idoneidad, en el campo de la responsabilidad, ni mucho menos ser consideradas como principios generales del derecho;¹²² y quien recuerda que la responsabilidad civil, en la figura bajo examen, se aplica incluso a quienes no obtengan ninguna «utilidad» o «beneficio» por el uso, por ejemplo, de una cosa.¹²³

También de las teorías que recurren a las ideas de «riesgo-beneficio» (que aprecia en la responsabilidad por riesgo la contrapartida de los beneficios logrados por quien ejerce la actividad riesgosa) y del «riesgo creado» (que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico para pasar a asociarla, directamente, con el dato objetivo de la creación del riesgo) se ha afirmado que representarían no otra cosa que acuñaciones de «fórmulas descriptivas, privadas de toda relevancia sistemática».¹²⁴

¹²⁰ BIANCA, Cesare Massimo. «La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell'ilecito». *Op. cit.*, pp. 203-204.

¹²¹ FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». *Op. cit.*, p. 1388.

¹²² COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 153.

¹²³ MONATERI, Pier Giuseppe. «La «custodia» di cui all'art. 2051 c.c.. Responsabilità civile e previdenza». Vol. xlvi, 1982, p. 763. La posición restrictiva contraria era defendida, entre otros, por VENDITTI, Arnaldo. «Sull'esercizio di attività pericolose». *Op. cit.*, p. 745.

¹²⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. «Illecito civile». En *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. xv. Roma: Istituto della Encyclopedie Italiana, 1989, p. 4 (de la separata).

La aparición del «riesgo de empresa» es posterior, y se guía, ante todo, por las pautas de un análisis económico del concepto de «riesgo»: «la situación de la que puede derivar un daño según un índice normal de probabilidades». ¹²⁵ El fin de la responsabilidad objetiva consistiría en «presionar para la eliminación del riesgo socialmente injustificado». ¹²⁶ El empresario es visto como aquel que está en condiciones de soportar el riesgo por él creado, asumiendo, eventualmente, un seguro específico y proveyendo a destinar sumas para el resarcimiento de daños causados por sus actividades, al tiempo que se compensa con un correspondiente aumento del precio de los bienes y servicios que produce. ¹²⁷ La responsabilidad objetiva por riesgo de empresa cumple, desde tal punto de vista, una función económica que la justifica: hacer que la empresa soporte el riesgo que le concierne «como parte de sus costos, de forma tal que se determine la sola supervivencia de las empresas y de los métodos de producción socialmente activos»: ¹²⁸

la empresa que implique un riesgo de daño a terceros superior al normal y que ocupe, por ello, una posición marginal en el mercado, no podrá realizar la traslación del riesgo; el costo de éste quedará a su cargo, determinará una reducción de los beneficios y, de tal modo, una presión para la racionalización del método productivo o, si esto no es posible, para el cierre de la empresa, o de una rama marginal de ella». ¹²⁹

La función que se indica está vinculada con la teoría económica de la distribución de costos y beneficios como condición determinante de las decisiones en la producción:

la decisión sobre el qué y el cómo producir se realizan, por lo general, sobre la base de criterios económicos: se produce un cierto bien, utilizando un cierto método de producción atendiendo a que el rédito a producir supere los costos. Puede afirmarse, en principio, y respecto de la mayor parte de los sectores productivos, que tales decisiones, realizadas en el ámbito de las distintas empresas, tienen también un valor social, cuando la cuenta del activo y del pasivo de la empresa reflejen, respectivamente, el valor producido y el valor destruido por ella. Ahora bien, es

¹²⁵ TUCCI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 14.

¹²⁶ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, p. 37.

¹²⁷ TRIMARCHI, Pietro. «Il «caso fortuito» quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, año XIII, 1959, p. 828.

¹²⁸ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, p. 10.

¹²⁹ *Ib.*, p. 249.

claro que del valor destruido por la empresa forman parte no sólo las energías de trabajo, el material empleado y el conjunto de las máquinas, sino también los daños que el ejercicio de la empresa causa regularmente a terceros. Por ello, hay que concluir que si el sistema jurídico no atribuye al empresario el costo del riesgo creado por éste, puede ocurrir que empresas marginales o sectores marginales de empresa sean activos desde el punto de vista del empresario específico, mientras que desde el punto de vista social son pasivos, y destruyen un valor mayor del que producen, y se mantienen en vida sólo en cuanto una parte de su pasivo social, es decir, el costo del riesgo por ellas introducido en la sociedad, sea pagado por el público.¹³⁰

La responsabilidad civil debe recaer en quien «tiene el control de las condiciones generales del riesgo, y tiene la capacidad de traducir el riesgo en costo, insertándolo armónicamente en el juego de los beneficios y pérdidas, con el instrumento de los seguros o de la autoprovisión».¹³¹ Transformada en costo, a través del mecanismo de los seguros, la responsabilidad «por riesgo de empresa» induce, hipotéticamente, al empresario «a adoptar medidas para la reducción del riesgo, de la cual él saca ventaja, porque ésta implica una reducción de las primas».¹³²

Se dice entonces que la responsabilidad objetiva, en suma, «puede presionar para la adopción de ulteriores medidas de seguridad si su costo es inferior al costo del riesgo que se elimina recurriendo a ellas; además, puede promover la investigación técnica y científica, para encontrar nuevas medidas»,¹³³ conclusión última que, sin embargo, puede resultar bastante discutible.

La teoría del «riesgo de empresa» diferencia las actividades «económicas» de las actividades «biológicas». Se considera que la responsabilidad objetiva cumple su función si es aplicada al ejercicio de las primeras, que se caracterizan por ser fruto de decisiones económicas y por presentar un «mínimo de continuidad y/o de organización», mientras que las actividades «biológicas» consisten en «una multiplicidad de actos dispares y no organizados» y en donde «no existen «condiciones generales del riesgo». Por esto, la responsabilidad por culpa aparece del todo suficiente».¹³⁴

¹³⁰ TRIMARCHI, Pietro. «Il “caso fortuito” quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». *Op. cit.*, p. 829.

¹³¹ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, p. 50.

¹³² *Ib.*, p. 41.

¹³³ TRIMARCHI, Pietro. «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva». En *Fondamento e funzione della responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 32.

¹³⁴ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, pp. 43-44, quien sigue a PACCHIONI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 214.

Hay que decir, sin embargo, que la distinción anterior ha sido vista como uno de los puntos débiles de la teoría examinada, dada la dificultad que se presenta a la hora de distinguir entre actividades «biológicas» y «económicas». La impresión, más realista, que tienen algunos autores es que toda actividad, «por más marginal o irrelevante que sea, tiene siempre un contenido económico». ¹³⁵

Se precisa, en fin, que todo el discurso precedente no solo es válido «para las empresas particularmente peligrosas: toda empresa, por implicar organización y continuidad, si ocasiona daños, grandes o pequeños, frecuentes o infrecuentes, los ocasiona con cierta regularidad, calculable por largos períodos, y por ello el riesgo correspondiente puede ser traducido en un costo». ¹³⁶

Se concluye entonces afirmando que

el término «actividad peligrosa» implica la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio, y viene referido normalmente solo a una actividad en la cual el riesgo es particularmente evidente, cuales son el uso de explosivos o de sustancias químicas venenosas. Empero [...] la aplicación de la responsabilidad objetiva debe ser más amplia, con la finalidad de comprender todos los casos en los cuales el riesgo tenga grandes dimensiones, no irrelevantes, para así ser calculable y traducible en costo: tales dimensiones y tal cualidad, el riesgo puede adquirirlas sólo a través de la continuidad, la repetición y la organización de actos, los cuales, singularmente considerados, aparecen inocuos. Dado este presupuesto, la responsabilidad objetiva puede encontrar una aplicación económica, y el mayor o menor grado de peligro se traduce automáticamente en una responsabilidad más o menos frecuente, más o menos costosa. ¹³⁷

Conocer esta teoría es importante para apreciar, con mayor claridad, lo que de ilógico tiene el citado proyecto de la Comisión que trabaja en la reforma de nuestro Código Civil cuando pretende hacer responsables «solidarios» al propietario y poseedor del bien (véase *supra*, § 5). Hace más de cuarenta años esta solución fue acertadamente juzgada como un mero expediente para hacer más fácil la acción del damnificado y de garantizarle, como sea, la obtención de un resarcimiento, pero con la imperdonable ignorancia de que así se atribuye la responsabilidad,

¹³⁵ ALPA, Guido y Mario BESSONE. *I fatti illeciti*. 1.^a ed. En *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*. Turín: UTET, 1982, p. 316. Similares son las críticas formuladas por COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., pp. 160-161.

¹³⁶ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Op. cit., § 91, p. 154.

¹³⁷ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*. Op. cit., pp. 214-215.

no sólo a quien puede controlar de modo directo las condiciones generales del riesgo y puede calcular la medida de éste, sino también a quien no tiene dicha posibilidad o no la tiene en medida adecuada. Un propietario no podría dar una cosa en arrendamiento o por vía de otro contrato sin sentirse constreñido a realizar una evaluación de las dimensiones del riesgo ligado con el particular uso que se hará de ella o a tratar de influir en dichas dimensiones, mediante el ejercicio de presiones o reservándose la posibilidad de imponer directivas al arrendador o a quien recibe la cosa.¹³⁸

En Italia se presentó el siguiente caso: un pescador sufrió lesiones por el desprendimiento de la rama de un árbol que se encontraba en un terreno que la asociación a la que él pertenecía había alquilado a la municipalidad del lugar. Formuló, entonces, una acción contra la asociación y ganó el pleito, pero la ejecución de la sentencia resultó infructuosa. Decidió, entonces, demandar a la municipalidad, en tanto y en cuanto propietaria del terreno. Como era de esperar, la doctrina ha advertido aquí, con justicia, no otra cosa que la búsqueda de dinero donde este no falta.¹³⁹ Pero la Corte di Cassazione italiana sentenció que lo correcto era, ni más ni menos, «impuntar la responsabilidad a quien se encuentra en condiciones de controlar los riesgos inherentes a la cosa».

De matriz ideológica distinta es el análisis económico del derecho que aprecia el fundamento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas teniendo en cuenta las condiciones de prevención unilateral (*infra*, § 9). El que ejerce una actividad peligrosa —se sostiene, en síntesis— «es el sujeto que reviste la calidad de dañador potencial, así como el único que tiene la competencia tecnológica para reducir los accidentes ocasionados por su actividad».¹⁴⁰

Aplicando este último esquema a la responsabilidad del fabricante (*products liability*), resulta que, en la relación productor-consumidor, el primero «es el único que puede controlar tecnológicamente la presencia de defectos *ex origine* en el producto (en oposición, es el consumidor el único que puede controlar el uso normal o anormal del producto)»;¹⁴¹ pero resultará interesante apreciar cómo, a veces, aun en supuestos de prevención unilateral,

¹³⁸ *Ib.*, p. 256.

¹³⁹ MONATERI, Pier Giuseppe. «La responsabilità civile». En *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*. Turín: UTET, 1998, p. 1048.

¹⁴⁰ *Ib.*, p. 44. Véase también FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law)». En Leysser L. León (ed.). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: ARA editores, 2001, p. 272 y ss.

¹⁴¹ MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 44.

criterios de imputación objetivos pueden no ser los más eficientes para proveer una solución adecuada de responsabilidad, incluso en casos de responsabilidad del fabricante o de responsabilidad por consumo de productos.

6.2. Exposición al peligro

Según esta teoría, «quien crea y mantiene fuentes de exposición al peligro para la colectividad, está en todos los casos obligado al resarcimiento de los daños consiguientes, al margen de su culpa o de la de sus subordinados».¹⁴²

Se admite, cómo no, que

toda actividad o comportamiento humano, como toda situación, puede conllevar un peligro para terceros, pero es también cierto que algunas actividades implican un peligro tan remoto, hipotético y leve que no son tomadas en consideración, en modo alguno, desde este punto de vista; pero hay, igualmente, actividades o situaciones que la observación estadística y la experiencia sindican como productivas y causantes de daños relevantes para terceros, atendiendo a la frecuencia y a la entidad del daño. Estas últimas son las actividades que, por anonomasia, se califican como peligrosas: y son, además, las situaciones de las que puede derivarse un concreto peligro: peligro entendido en su significado específico, como potencialidad notable de daño. Tal potencialidad dañosa debe deducirse no sólo de la frecuencia de los accidentes causados por aquella cosa o actividad en un cierto período de tiempo, sino también de la dimensión o gravedad de los siniestros, aun cuando sean menos frecuentes.¹⁴³

La exposición al peligro, en su versión más cercana a nuestra familia jurídica, se nutre de la doctrina alemana, que habla de «*Gefährdungshaftung*».¹⁴⁴ Dicha expresión acuña la siguiente idea: «responde sin culpa aquel de quien depende el control de la fuente de peligro de donde se ha derivado el daño. Se trata de una responsabilidad objetiva que no sanciona un comportamiento, y que se limita a ser imputación del daño a aquel que obtiene ventaja de una cierta actividad o situación».¹⁴⁵

La diferencia entre la teoría del riesgo y la teoría de la exposición al peligro radica en que

¹⁴² COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., p. 176.

¹⁴³ COMPORTI, Marco. «Responsabilità per esercizio di attività pericolose». Op. cit., p. 173.

¹⁴⁴ LARENZ, Karl y Claus-Wilhelm CANARIS. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Vol. II. Parte 2: *Besonderer Teil*. 13.^a ed. Múnich: Beck, 1994, p. 610 y ss.

¹⁴⁵ CASTRONOVO, Carlo. *Problema e sistema nel danno da prodotti*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 560.

a los efectos de la responsabilidad civil, mientras que con la regla del riesgo sólo se consigue establecer que el resarcimiento de ciertos daños constituye una carga para la empresa (la cual debe tenerla en cuenta en su gestión económica), con la regla del peligro se analiza la relación que media entre sujeto causa del peligro y sujeto efectivamente damnificado, y si nos preguntamos por este daño, aunque no sea imputable a culpa de quien lo ha causado, debe concluirse que deberá ser resarcido de todas maneras, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad con la cual ha sido producido o la peligrosidad de los medios de los cuales el agente se ha servido.¹⁴⁶

Así, pues,

la relación entre responsabilidad objetiva y peligro puede [...] justificarse jurídicamente sobre la base del principio de que aquel que ejerce actividades peligrosas o que, de cualquier forma, realiza situaciones que llevan una elevada probabilidad de daño para los terceros, debe responder de todos los daños que culposa o no culposamente se deriven de tal actividad o situación; y esto en consideración también del hecho de que es aquél (y no el tercero), si bien dentro de ciertos límites, quien puede dominar o evitar los peligros creados.¹⁴⁷

Con este planteamiento se supera uno de los límites de la teoría del riesgo de empresa. Como se ha precisado, esta teoría, modelada sobre la base de

una interpretación microeconómica de las relaciones de mercado vinculadas con el ejercicio de actividades empresariales resulta, de por sí, objetivamente funcional para con las estrategias de empresa. Pero, justamente por estar ligada con el ejercicio de actividades profesionales organizadas con fines de lucro, esta noción de riesgo no puede extenderse a todo tipo de actividad riesgosa que no sea ejercida de forma empresarial. No es correcto, por lo tanto, hablar de «riesgo» (ni de responsabilidad «por riesgo») todas las veces que se pretende justificar la responsabilidad objetiva de individuos que no son «empresarios» y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial.¹⁴⁸

Incluso desde la perspectiva subjetivista se ha reconocido a la teoría de la exposición al peligro «el mérito de su mayor capacidad de síntesis y, en particular, la de comprender también las *fattispecie* de daño no vinculadas con actividades lucrativas». ¹⁴⁹

Desde una perspectiva crítica, sin embargo, se ha denunciado que es difícil que la categoría del «riesgo» pueda constituir un título autónomo

¹⁴⁶ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., p. 171.

¹⁴⁷ Ib., p. 175.

¹⁴⁸ ALPA, Guido y Mario BESSONE. *I fatti illeciti*. Op. cit., pp. 304-305.

¹⁴⁹ FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». Op. cit., p. 1387 (nota 25).

de responsabilidad, porque «el hecho de que una actividad haya ocasionado un daño permite sólo afirmar *ex post* el carácter «peligroso» de tal actividad». ¹⁵⁰ Por ello, en los ordenamientos jurídicos en los cuales «se atribuye peculiar y autónoma relevancia a dicho criterio como fuente de responsabilidad, se requiere, generalmente, una calificación ulterior, en el sentido que la actividad resulte «anormalmente» o «altamente» peligrosa». ¹⁵¹

Asimismo, se ha escrito que asumir la creación de peligros como justificación del resarcimiento es continuar proclamando la desaconsejable visión de la responsabilidad civil como sanción de comportamientos (ver al peligro, de por sí, como una conducta antisocial a ser reprimida). De igual manera, no sería teóricamente correcto considerar que el fin del ordenamiento sea reducir el peligro, porque es contra el daño, más bien, que se orienta el régimen de la responsabilidad. ¹⁵²

Para culminar este punto, merece destacarse la propuesta, en muchos aspectos equivalente a la teoría de la exposición al peligro, de recurrir a la responsabilidad objetiva todas las veces que se lleven a cabo actividades con mayor índice de riesgo que las demás. Con tono persuasivo y entendiendo el «riesgo» en sentido amplio, casi como sinónimo de «peligro», se especula que, si todos andaran a pie, en lugar de utilizar automóviles, el riesgo de ocurrencia de daños sería más bajo, por lo que quien decide utilizar un automóvil, o sustancias como líquidos inflamables o ácidos, incrementa el riesgo de generación de daños. ¹⁵³

Ahora bien, el criterio del peligro da la impresión de informar algunas normas contenidas en nuestra legislación especial.

Aquí nos limitaremos a recordar que, según el Reglamento Nacional de Tránsito,

el que ejecute trabajos en la vía pública, está obligado a colocar y mantener por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro y tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos. Debe además dejar reparadas dichas vías en las mismas condiciones en que se encuentre el área circundante, retirando la señalización, materiales y desechos oportunamente (art. 39, primer párrafo).

¹⁵⁰ SALVI, Cesare. *Op. cit.*, p. 1232.

¹⁵¹ *Ib., loc. cit.*

¹⁵² CASTRONOVO, Carlo. «Responsabilità oggettiva: II) Disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero». *Op. cit.*, p. 8.

¹⁵³ GALLO, Paolo. *Introduzione al diritto comparato*. *Op. cit.*, p. 85, quien engloba de esta manera, a decir verdad inaceptablemente sintética, las más bien profícuas reflexiones contenidas en un famoso ensayo de FLETCHER, Georges P. «Fairness and utility in tort law». *Harvard law review*, vol. 85. 1971-1972, p. 537 y ss.

En este caso, la razonablemente severa regla de responsabilidad civil, fijada en la misma disposición, es que «serán solidariamente responsables de los daños producidos en accidentes por incumplimiento [de tales deberes] quienes encarguen la ejecución de la obra y los que la ejecuten» (art. 39, segundo párrafo).

7. Cuestiones aplicativas: el «riesgo» o «peligrosidad» en la casuística

En ausencia de definiciones legislativas, corresponde a la doctrina, naturalmente, proponer qué debe entenderse por «riesgo» o «peligrosidad» de las actividades.

En esta labor se ha percibido, lúcidamente, la primera tarea de quienes estudian esta hipótesis de responsabilidad civil.¹⁵⁴ No hay que olvidar, además, que la actividad definitoria es asunto de teóricos y no de jueces,¹⁵⁵ ni tampoco que los criterios brindados por las cláusulas normativas generales «no constituyen solamente un instrumento lógicamente necesario para la vinculación del hecho dañoso con un sujeto responsable de su resarcimiento: ellos cumplen también la función de circunscribir la operatividad de la cláusula».¹⁵⁶

Se ha escrito que, en este ámbito, las referencias de la doctrina serían incluso más atendibles que las de la jurisprudencia, siempre y cuando estén apoyadas en un rico análisis de los ordenamientos extranjeros en los cuales los problemas definitorios de este tipo ya han sido resueltos.¹⁵⁷

Sin embargo, puesto que nos encontramos ante una cláusula normativa general, creemos que a lo que hay que apuntar es a que los jueces se formen una orientación concreta al respecto, coherente y en sintonía con el devenir del tiempo.

Sin ser jamás fuentes del derecho, la doctrina y la jurisprudencia contribuyen, así, a la realización del principio de efectividad de las normas. Aquí la doctrina elabora las directrices de interpretación y traza los confines operativos de la cláusula general. A la jurisprudencia, en cambio, toca «la tarea inalienable de proceder, siguiendo tales directrices y dentro de dichos confines,

¹⁵⁴ MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. Op. cit., p. 1016.

¹⁵⁵ SACCO, Rodolfo. «Dottrina (fonte del diritto)». En *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Vol. VII. Turín: UTET, 1991, p. 217.

¹⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. Op. cit., p. 145.

¹⁵⁷ BESSONE, Mario. «La responsabilità del produttore». *Responsabilità civile e previdenza*, año XLII, 1977, p. 201.

a una obra incesante de selección y catalogación de la casuística provista por la experiencia».¹⁵⁸

No cabe duda de que la peligrosidad o el riesgo tienen que ser concebidos con un criterio rigurosamente objetivo dentro de la perspectiva clásica del *civil law*. Ello significa:

- a) En primer lugar, las condiciones particulares del agente que realiza la actividad y del damnificado deben permanecer al margen del examen: cualquiera puede ser responsable por el ejercicio de una actividad peligrosa.¹⁵⁹ Por esta razón, las actividades de las que nos habla el artículo 1970 no se restringen a aquellas que tienen fines de lucro o de utilidad personal. Tampoco se excluyen las situaciones de riesgo o peligro imputables a la Administración Pública.

Se anota, en tal sentido, que el criterio de imputación analizado

no sólo se aplica a la actividad de los particulares, del mismo modo que no se basa en la ventaja económica que se pueda obtener de ella: de lo contrario, sería necesario excluir, paradójicamente, del ámbito de aplicación de la norma no sólo a la Administración Pública, en lo que respecta a la actividad de carácter público, sino también a todo particular que persiga, por ejemplo, finalidades filantrópicas, y con ello se realizaría una discriminación que no respeta la letra ni la *ratio* de la disposición.¹⁶⁰

Respecto de la Administración Pública sería contrario a la razón, por lo demás, asumir que todo cuanto ella realiza se encuentra revestido de «legitimidad» o de «licitud», por lo cual no existiría posibilidad de considerarla civilmente responsable.

Este «cuasi principio» —si así se le puede denominar— ha sido fundadamente negado por la doctrina, que lo ha circunscrito, aplicativamente, al ámbito de la «ejecutoriedad del acto administrativo, es decir, sólo al poder que tiene la Administración para realizar directamente sus propias pretensiones jurídicas fundadas en actos administrativos, sin tener que dirigirse previamente a la autoridad judicial».¹⁶¹

¹⁵⁸ BUSNELLI, Francesco Donato. «Principi per l'unificazione del diritto in materia di responsabilità extracontrattuale». *Op. cit.*, p. 193.

¹⁵⁹ BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Op. cit.*, p. 760; ROPPO, Vincenzo. «Clausole generali e fattispecie tipiche nella disciplina della responsabilità per trattamento di dati personali». En Luciana Cabella-Pisu y Luca Nanni (coords.). *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Padua: Cedam, 1998, p. 424.

¹⁶⁰ SCISO, Carla Maria. *Op. cit.*, p. 552.

¹⁶¹ MONATERI, Pier Giuseppe. «Art. 2050 e parametri giuridici di controllo sull'attività della p.a.». *Responsabilità civile e previdenza*, vol. XLVII, 1982, p. 378.

En relación con este punto, se ha creado unanimidad entre los autores¹⁶² acerca de la responsabilidad civil que cabe imputar a la Administración por los llamados «peligros ocultos» (*insidie*) de las calles, pistas y edificios destinados a uso público, inclusive.

Recientemente, la Corte di Cassazione italiana ha reafirmado tal parecer al casar una sentencia favorable a la municipalidad de Nápoles, con la cual esta quedaba exenta de pagar el resarcimiento a una dama que se hirió de consideración al sufrir una caída en un centro polideportivo por causa de un defecto en la estructura que no había sido convenientemente señalizado.¹⁶³

La única excepción a esta correcta interpretación parece estar dada, por razones que no necesitan mayor comentario, para los casos en que los daños se producen en sedes tan amplias que resulta objetivamente imposible para la Administración proveer lo necesario para neutralizar los peligros allí surgidos.¹⁶⁴

Pasando a otro ejemplo, pero siguiendo el mismo orden de ideas, no es dable excluir, en el plano de la legitimación activa en el supuesto de responsabilidad aquí analizado, a aquellos que participan fácticamente de la gestión de la actividad peligrosa, cuya esfera de intereses podría terminar confundiéndose con la del que ejerce dicha actividad:¹⁶⁵ en otras palabras, un trabajador, por ejemplo, podría demandar por daños a la administración de la empresa que ejerce la actividad peligrosa, a la cual, al mismo tiempo, él presta servicios.¹⁶⁶

Lo que se acaba de afirmar no se altera por la circunstancia de que las más de las veces la legitimación pasiva corresponda, en estos casos, a un empresario. Ello se debe a que «el ejercicio de una actividad peligrosa comporta, normalmente, la existencia de una serie de actos coordinados y de instrumentos organizados que presuponen, justamente, la existencia de una empresa».¹⁶⁷ Respecto de estos casos, se considera que el riesgo

¹⁶² Ya desde GERI, Vinicio. *La responsabilità civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio*. Milán: Dott A. Giuffrè Editore, 1974, p. 154 y ss.

¹⁶³ Sentencia n. 19653, «Conte vs. Comune di Nápoles», del 1 de octubre de 2004, publicada en *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 243 y ss.

¹⁶⁴ La referencia es de PUGNO, Stefano. «La pubblica amministrazione è custode degli edifici pubblici ai sensi dell'art. 2051 c.c.». En *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 247.

¹⁶⁵ FACCI, Giovanni. «La responsabilità da attività pericolose». En Massimo Franzoni (ed.) *Le obbligazioni*. Vol. II: «Le obbligazioni da fatto illecito». Turín: UTET, 2004, pp. 268.

¹⁶⁶ En contra, véase SCISO, Carla María. *Op. cit.*, p. 553, quien considera que, en dicha hipótesis, solo sería aplicable el régimen legal de accidentes de trabajo.

¹⁶⁷ FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti*. *Op. cit.*, p. 485.

existe «*in re ipsa*» en «el hecho de utilizar maquinarias complejas o fuerzas de trabajo a tal punto numerosas que impiden un efectivo control de las aptitudes y capacidades individuales, o en el resultado del trabajo desarrollado». ¹⁶⁸

- b) En segundo lugar, el análisis objetivo de la peligrosidad implica que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las conductas peligrosas aisladas, o sea, aquellas que no ostentan la característica de la continuidad. Tal sería el caso, formulado con fines didácticos por la doctrina,¹⁶⁹ de la persona que entra en un restaurante en hora punta y se pone a jugar con una pistola cargada. Aquí nos hallamos frente a un acto «aislado» de imprudencia, y, si se ocasiona un daño, el causante será hallado responsable mediante la cláusula normativa general de responsabilidad subjetiva y no por la realización de una actividad peligrosa.
- c) En tercer lugar, el peligro representado por la peligrosidad debe ser el de un daño «típico e inmanentex. En otras palabras, la potencialidad dañosa de la actividad tiene que ser superior a la normal.¹⁷⁰ Y, como hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, la cantidad de daños habitualmente causados por la actividad y la gravedad de los perjuicios que pueden suscitarse, se puede sostener que la actividad es peligrosa «cuando estadísticamente ocasiona muchos accidentes, y cuando amenaza con ocasionar accidentes muy graves».¹⁷¹

Ciñéndonos a las tres consideraciones anteriores, pueden enumerarse algunos supuestos de actividades peligrosas reconocidas por la jurisprudencia y doctrina extranjeras, dejando a un lado, claro está, aquellos que cuentan con legislación especial.

En tal sentido, hay unanimidad en identificar como peligrosa la actividad de producción y distribución de energía eléctrica;¹⁷² la producción y distribución de gas en balones o de gas metano; la tala de árboles; la construcción (excavación, edificación, etc.);¹⁷³ la organización de ciertas compe-

¹⁶⁸ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 703.

¹⁶⁹ MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 1016.

¹⁷⁰ GENTILE, Guido. *Op. cit.*, p. 105; MONTEL, Alberto. «In tema di responsabilità ex art. 2050 cod. civ.». En *Problemi della responsabilità civile e del danno*. 2.^a ed. aumentada. Padua: Cedam, 1971, p. 617.

¹⁷¹ MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 1019.

¹⁷² VISINTINI, Giovanna. *La responsabilità civile nella giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 394 y ss.

¹⁷³ CAPOCACCIA, Anna. «Responsabilità (diritto civile)». En *Enciclopedia forense*. Vol. vi. Milán: Casa editrice Dott. Francesco Vallardi, 1961, p. 369.

ticiones deportivas y recreativas (motociclismo en circuitos abiertos al tráfico, cacería, esquí, por ejemplo); la administración de piscinas¹⁷⁴ y parques de diversiones; la fabricación, importación y distribución de fármacos;¹⁷⁵ el transporte y la conservación de sustancias combustibles fácilmente inflamables;¹⁷⁶ la actividad pirotécnica; la utilización de explosivos con finalidades de extracción de minerales; y hasta la llamada «fangoterapia».¹⁷⁷ En algunos supuestos, también la organización de actividades de carácter folclórico o la gestión de un servicio de sauna.¹⁷⁸ La actividad de equitación en la que tomen parte personas no instruidas en dicho deporte o la organización de un partido de fútbol profesional pueden llegar a cobrar relevancia jurídica en este ámbito.¹⁷⁹

En cuanto al empleo de la energía nuclear, la pauta en los distintos ordenamientos jurídicos ha sido la consagración de una responsabilidad objetiva absoluta, por «ultrarrriesgo», normalmente a través de la legislación especial.¹⁸⁰ Con alguna razón se duda, sin embargo, que, aun en tal supuesto, se tengan que resarcir los daños suscitados por eventos de carácter bélico o por guerras civiles, o los ocasionados —nótese el tinte subjetivista— por «culpa inexcusable» de la propia víctima.¹⁸¹

El severo, pero justificado, criterio de la responsabilidad objetiva absoluta informa, asimismo, algunas leyes especiales que se han dado para regular la responsabilidad por daños causados por objetos caídos del espacio, y los daños causados por aeronaves a personas o cosas en la superficie.¹⁸² En Francia, la reciente ley 2003-669, del 30 de julio de 2003, reformadora de la normativa en materia ambiental, fija el régimen de «prevención de los riesgos tecnológicos y naturales, y de resarcimiento de los daños».¹⁸³

La experiencia foránea es también importante para saber en qué casos, por el contrario, no estamos ante actividades peligrosas.

¹⁷⁴ MONTEL, Alberto. *Op. cit.*, p. 615 y ss.

¹⁷⁵ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. Vol. v: *La responsabilità*, p. 706; GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 705.

¹⁷⁶ SOMMA, Alessandro. «Le fonti di notevole pericolo nelle esperienze italiana e tedesca». En Luciana Cabella-Pisu y Luca Nanni (coords.). *Op. cit.*, p. 445.

¹⁷⁷ RECANO, Paolo. *La responsabilità civile da attività pericolose*. Padua: Cedam, 2001, p. 273.

¹⁷⁸ *Ib.*, pp. 213 y 222.

¹⁷⁹ FACCI, Giovanni. *Op. cit.*, pp. 272 y 273.

¹⁸⁰ STONE, Ferdinand S. *Op. cit.*, p. 54 y ss.

¹⁸¹ GRASSETTI, Cesare. *Op. cit.*, col. 54.

¹⁸² COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». *Op. cit.*, col. 2657.

¹⁸³ GRYMBAUM, Luc. *Op. cit.*, p. 26.

La doctrina sugiere el siguiente criterio: no son peligrosas las actividades, ni siquiera las más difíciles, que, «según un criterio de experiencia práctica y de normalidad de acaecimiento, no pueden producir daños si no es como efecto de una, aun cuando mínima, falla humana». ¹⁸⁴

Aquí hay tres supuestos en los cuales no necesariamente se observa la indicación anterior, pero que, por su importancia, son de mencionar: la actividad médica (incluso en los supuestos de daños producidos en terapias de *electroshock* y de cirugía); la actividad bancaria; y las actividades accesorias, colaterales o sucesivas respecto de una actividad principal peligrosa.

En el primer caso, se dice que hay que tener en cuenta que la actividad médica (y, más en general, el ejercicio de las profesiones intelectuales) pertenece al ámbito contractual (con inclusión de las relaciones que no tienen origen en contratos, sino que nacen del «contacto social») y dispone, en nuestro medio, de un régimen particular de responsabilidad, a saber: el previsto en el artículo 1762 del Código Civil y en la Ley General de Salud.

La actividad terapéutica-sanitaria, se dice, «no puede ser calificada como peligrosa: no lo es ni por naturaleza ni por los medios adoptados, atendiendo a la función que éstos cumplen. Opinar lo contrario equivaldría a calificar como peligrosa la actividad de cirugía por el solo uso del bisturí». ¹⁸⁵

Con agudeza, sin embargo, se advierte que las consideraciones anteriores no comprenden la experimentación humana, que es de por sí peligrosa,¹⁸⁶ ni la actividad de preparación de sangre para su empleo en transfusiones.¹⁸⁷

En Alemania, por ejemplo, la ingeniería genética es regulada por una ley especial (*Gentechnikgesetz*, del 20 de junio de 1990) que consagra un sistema de responsabilidad objetiva absoluta, inspirado en la prácticamente unánime identificación de dicha actividad como «fuente de notable peligro». ¹⁸⁸

Pero ha sido advertido ya por algún autor, con carácter general, que, dependiendo del progreso alcanzado por la ciencia y la técnica, áreas médico-quirúrgicas que tradicionalmente fueron consideradas dentro del ámbito de operatividad de la cláusula general normativa por culpa, son hoy reputadas como áreas de dominio de la responsabilidad por riesgo, tales

¹⁸⁴ MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Op. cit.*, col. 982.

¹⁸⁵ MONTEL, Alberto. *Op. cit.*, p. 621.

¹⁸⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Vol. V: *La responsabilità*, p. 707.

¹⁸⁷ La referencia es de FACCI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 277.

¹⁸⁸ LARENZ, Karl y Claus-Wilhelm CANARIS. *Op. cit.*, p. 642; FEDKE, Jörg y Ulrich MAGNUS. *Op. cit.*, p. 160.

como la del médico cirujano en operaciones de fácil ejecución, la del cirujano plástico o la del médico dentista.¹⁸⁹

En el segundo caso que señalábamos, relativo a las actividades bancarias, a pesar de las alegaciones de clientes que han sido víctimas de daños durante robos perpetrados en oficinas de bancos, también hay que descartar que tales actividades sean intrínsecamente peligrosas.

En un caso ventilado ante un tribunal genovés, se pretendió hacer responsable a un banco con la curiosa alegación de que el dinero constituye una *vis atractiva* para los criminales. El juez, con acierto, señaló que, de producirse dichos daños (lesiones, sustracción de dinero con pérdida de la vida, inclusive), ellos no derivarían directa ni indirectamente del ejercicio de la actividad bancaria, sino «de la deliberada voluntad de delinquir ulteriormente por parte de los agentes, en el transcurso de la acción criminal programada».¹⁹⁰

En el tercer caso, creemos que no pueden considerarse actividades peligrosas aquellas que revisten un carácter accesorio, colateral y/o sucesivo a una actividad que sí es intrínsecamente peligrosa.

Aquí lo que puede llevar a confusión al intérprete es el nexo de interdependencia económica entre tales actividades y sus agentes.

Empero, y como explica la doctrina, lo relevante para una correcta aplicación de la norma evaluada es establecer si la objetiva peligrosidad de una actividad precisa puede considerarse causalmente relacionada con el evento dañoso. Por ejemplo, el acopio de madera en la fase previa a los trabajos de un aserradero no es actividad peligrosa, pero el aserrado de la madera sí lo es. En cambio, tanto la distribución cuanto el ciclo productivo del gas metano se consideran, por igual, actividades peligrosas.¹⁹¹

La regla de la responsabilidad por actividad peligrosa, introducida por el codificador italiano e importada por el nuestro, ha dado ulterior muestra de su ductilidad al ser reconocida, legislativamente, como el criterio por aplicar en los casos de daños cometidos por efecto del tratamiento de datos personales.

En tal sentido, el muy reciente *Codice della Privacy*, decreto legislativo 196 de 2003, contiene una norma específica de reenvío (art. 15) de los daños ocasionados por efecto del tratamiento de datos personales a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, regulada en el artículo 2050 del Código Civil italiano. Este es el mismo camino que se había

¹⁸⁹ FRANZONI, Massimo. «La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato». *Responsabilità, comunicazione, impresa*, año II, n.º 2, 1997, p. 320.

¹⁹⁰ La referencia es de RECANO, Paolo. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁹¹ Los ejemplos son de SCISO, Carla María. *Op. cit.*, pp. 559-560.

seguido ya en la derogada «ley de protección de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales», n.º 675, de 1996 (art. 18), en su momento apreciado por la doctrina italiana como el mejor coincidente con las líneas fundamentales trazadas por el derecho comunitario europeo en materia de responsabilidad objetiva.¹⁹²

8. La prueba y la decisión judicial en torno del riesgo o peligrosidad

Se ha observado que el análisis de la causalidad por parte de los jueces asume mayor importancia en los supuestos de responsabilidad objetiva: si se prescinde «de un análisis en términos de culpa del sujeto responsable, se hace imprescindible la demostración de una conexión causal incontrovertible entre el daño y la cosa o la actividad del que éste ha derivado».¹⁹³

Quien invoca en su favor el artículo 1970 del Código Civil tiene que demostrar, entonces y esencialmente, el nexo causal entre el genérico ejercicio de la actividad y el daño producido. Esto significa para algunos que, a la hora de probar, no hay que prestar atención a una específica acción u omisión del que ejerce la actividad, sino que basta que el nexo causal exista, en términos de probabilidad, respecto del daño producido. Al juez le corresponde considerar si el evento lesivo se ha presentado como una consecuencia probable de la actividad peligrosa, pues no hay que olvidar que se trata de una responsabilidad por riesgo típico de la actividad emprendida.¹⁹⁴

La experiencia del país de donde proviene la norma examinada enseña que la potencialidad dañosa de la actividad debe ser evaluada por la magistratura según el criterio de la normalidad media, la cual será deducida de datos estadísticos y elementos técnicos, pero sin dejar de atender a las nociones de la experiencia común. En su análisis, el juez puede tener en consideración, por ejemplo, el hecho de que la actividad se encuentre sometida legalmente a la asunción de medidas de precaución o al requisito de la previa autorización de la Administración Pública. También pueden tomarse en cuenta los índices de riesgo indicados por las compañías de seguros y, en especial, la existencia de primas de seguros que sean notablemente superiores a la media.¹⁹⁵

¹⁹² BUSNELLI, Francesco Donato. «Spunti per un inquadramento sistematico». En Massimo Bianca y Francesco D. Busnelli (eds.) *Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, p. 232; BUSNELLI, Francesco Donato y Giovanni COMANDÉ. *Op. cit.*, p. 213.

¹⁹³ VISINTINI, Giovanna. *Tratatto breve della responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 651.

¹⁹⁴ MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 1033.

¹⁹⁵ *Ib.*, pp. 1021-1022.

Ninguno de los criterios indicados —nótese bien— es exclusivo. Las actividades peligrosas no solo serán las específicamente contempladas en las leyes preventivas de accidentes, que velan por la incolumidad de los ciudadanos, sino también aquellas que, aun cuando no especificadas, ostenten una peligrosidad intrínseca según el análisis de la magistratura.¹⁹⁶

Lo aconsejable, entonces, es que el criterio por adoptar judicialmente sea cuantitativo o estadístico: debe atenderse a la «peligrosidad de diversos tipos de actividad (en el plano de la cantidad y de la dimensión de los daños típicamente vinculados con ella), a ser determinada mediante una evaluación *ex ante* y no con un juicio *ex post* basado en la gravedad del daño que se verifica en concreto».¹⁹⁷ Esto es importante subrayarlo, porque no pueden considerarse causados «en el ejercicio de una actividad peligrosa» los daños que, «a pesar de producirse durante él, no presenten conexión con el específico carácter de peligrosidad que se toma en cuenta para calificar como «peligrosa» la actividad de que se trate».¹⁹⁸

9. La responsabilidad objetiva frente al análisis de las capacidades de prevención de los sujetos: la «relectura» del artículo 1970 del Código Civil peruano. Reenvío

Como ha podido apreciarse de lo expresado en los numerales 6) y 7) precedentes, las categorías del «riesgo» o «peligrosidad» como justificativos teóricos del traspaso económico del daño de la víctima al responsable, en hipótesis de responsabilidad objetiva, parecen no haber sido suficientes para explicar coherentemente supuestos de responsabilidad prescindiendo del análisis del comportamiento de los sujetos y, en múltiples aspectos, parecen confundirse.

Más allá de los intentos de Comporti de diferenciar los conceptos de «riesgo» y «peligro», en el sentido de que el primero reflejaría la «valoración esencialmente económica del «*alea*» que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio» (por lo que sí reflejaría un análisis de la actividad humana, «incompatible» con un sustento objetivo de la responsabilidad), mientras que el segundo señala «una amenaza notable de daño a terceros [...] derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación» (por lo que sí sería una noción esencialmente objetiva al analizar la faz externa de actuación de los sujetos: la proyección hacia el

¹⁹⁶ CAPOCACCIA, Anna. *Op. cit.*, p. 368. En el mismo sentido, véase SCISO, Carla María. *Op. cit.*, p. 557.

¹⁹⁷ SALVI, Cesare. *Op. cit.*, p. 1233.

¹⁹⁸ BUSNELLI, Francesco Donato. «Illecito civile». *Op. cit.*, p. 27.

exterior) (ver *supra*, § 6.1), lo cierto es que cuesta diferenciar ambos conceptos. Por ello, para algunos —como también ya se ha señalado—, el «riesgo» no es sino «el aspecto económico del peligro objetivamente considerado»,¹⁹⁹ mientras que el término «peligro» representa siempre «la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio».²⁰⁰

Resulta y resultará siempre difícil de desentrañar si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el *civil law*, como son el «riesgo creado» (en beneficio propio) o la «exposición al peligro», al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el (la) cual se causa un daño a otro, debido a que ya existen opiniones vertidas en sede nacional en el sentido de que «la reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva».²⁰¹

En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la «exposición al peligro», desarrollado principalmente por Comporti, representó un avance respecto a la teoría del «riesgo de empresa», argumentada por Trimarchi, lo que permitió asignar responsabilidad objetiva a individuos «que no son «empresarios» y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial»²⁰² (ver *supra*, § 6.2).

El principio, entonces, que sustenta la responsabilidad objetiva, en los términos clásicos del *civil law* sería el siguiente: aquel que ejerce actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué?: porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es «quien puede dominar o evitar los peligros creados».²⁰³

En la afirmación antedicha puede reconocerse esa aproximación «intuitiva» al problema que bien retrata Castronovo cuando señala que «teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo están, pues, empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción».²⁰⁴

Y esa contradicción, qué duda cabe, ha sido siempre la de tratar de crear y defender una categoría de responsabilidad (la objetiva), definida por oposi-

¹⁹⁹ FORCHIELLI, Paolo. «Intorno alla responsabilità senza colpa». *Op. cit.*, p. 1387 (nota 25).

²⁰⁰ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. *Op. cit.*, p. 214.

²⁰¹ TRAZEGNIES, Fernando de. *Op. cit.*, p. 158.

²⁰² ALPA, Guido y Mario BESSONE. *Op. cit.*, p. 305.

COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 175.

²⁰⁴ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 73.

sición al análisis de la conducta de los sujetos, pues esto estaba reservado al campo de la cláusula general normativa por culpa.

El mérito del «análisis económico del derecho» y, particularmente, el de los aportes de Calabresi²⁰⁵ ha sido el de encontrar, por fin, una fórmula jurídicamente correcta para asignar responsabilidad objetiva, sin caer en contradicciones teóricas. Y el error más grande de un vasto sector del *civil law* ha consistido en crear una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad objetiva,²⁰⁶ creyendo que la prevención (que es diligencia) solo debe analizarse en la responsabilidad subjetiva; así pues, se ha definido el concepto de culpa por oposición a la diligencia (negligencia).

Nada más alejado de la realidad: si la generación de peligro deriva de actividades humanas, interesaría siempre analizar los supuestos de falta de prevención, por lo que un «comportamiento negligente» puede estar presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.

¿Cómo «releer» entonces el artículo 1970 del Código Civil peruano?

«Peligrosidad» no es, como ha señalado algún autor (ver *supra*, § 6.1), «imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».²⁰⁷

«Peligrosidad» es «carenza de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados».

Este es el verdadero y actual significado de la «exposición al peligro» como sustento de la cláusula normativa general recogida en el artículo 1970 del Código Civil peruano. Y, en verdad, debiera representar también el verdadero significado de su antecedente inmediato: el artículo 2050 del Código Civil italiano. La referencia final que realiza este artículo a la prueba de «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño» no puede ni debe ser entendido más como un «anclaje» en la cláusula normativa general por culpa, sino una referencia legal expresa al reconocimiento de que los deberes de prevención también están presentes en la responsabilidad objetiva (y, por ende, una referencia legal expresa a la negación de la culpa como concepto antitético al de diligencia). Cuando el artículo 2050 del Código Civil italiano señala que quien realiza una actividad peligrosa responde, a no ser que pruebe «haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño», debe entenderse el acogimiento normativo de esta noción de peligrosidad que hemos postulado: «Carenza de adopción de

²⁰⁵ *Ib.*, pp. 73-74.

²⁰⁶ POSNER, Richard. *Op. cit.*, p. 172.

²⁰⁷ MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Op. cit.*, col. 973. También en MARTINI, Demetrio de. *I fatti produttivi del danno risarcibile*. *Op. cit.*, pp. 241-242.

medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros por él creados».

Ello no significa otra cosa que la identificación de un supuesto de prevención unilateral en la que la solución más eficiente en términos de asignación de responsabilidad se encuentra aplicando la responsabilidad objetiva, salvo en los casos en que se compruebe que el estado de la ciencia y la tecnología, en una sociedad dada, todavía no ha alcanzado un nivel adecuado de desarrollo, en cuyo caso siempre será más eficiente aplicar la regla de la responsabilidad por culpa.²⁰⁸

Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.

Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 del Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).

Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

10. Los eximentes de responsabilidad

El codificador peruano establece que el límite de la responsabilidad por actividad riesgosa o peligrosa (o mediante bien riesgoso o peligroso) está representado por el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero o la culpa de la propia víctima (art. 1972 del Código Civil).

Todos estos son elementos o hechos externos que inciden en el «proceso causativo del daño. La relevancia del caso fortuito tiene que ver, por lo tanto, con el aspecto causal, en tanto y en cuanto susceptible de una evaluación que permita asociar con el elemento externo [...] el daño concretamente verificado».²⁰⁹

²⁰⁸ Para el sustento de estas afirmaciones y la defensa de las bondades del criterio del *cheapest cost avoider* desarrollado por Calabresi para asignar responsabilidad objetiva (así como para el análisis de sus deficiencias y/o limitaciones), permítasenos reenviar al lector a FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Comentario sub art. 1969». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. T. x. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, §§ 16-17, pp. 60 y ss., de donde podrá extraerse la siguiente conclusión: si afrontado un problema de responsabilidad extracontractual se identifica dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral, antes de aplicar la regla de responsabilidad objetiva, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función «sistémica» de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).

²⁰⁹ SALVI, Cesare. *Op. cit.*, p. 1231.

Por ello, se ha puesto en evidencia lo inexacto de utilizar la expresión «prueba liberatoria» en estos casos, porque, cada vez que el imputado (cualesquiera que sea el título por el que se le pretende hacer responsable) demuestra la inexistencia del nexo causal entre el evento productivo del daño y el daño por el que se le demanda, este

quedará exento de responsabilidad, justamente, porque el hecho no es materialmente enlazable con él. En otras palabras, cuando el daño invocado por el damnificado pertenece a una «cadena causal» diversa (o, en todo caso, sobrevenida, por sí sola suficiente para causar el evento), solo será resarcible por parte del que lo ha originado o ha concurrido para la verificación de esa distinta (o sobrevenida) causa de daño.²¹⁰

Dejando de lado dichas observaciones, con todo pertinentes y acertadas, no carece de interés recordar que la consideración del caso fortuito como eximiente de responsabilidad se encuentra en la línea de continuidad con el derecho romano, específicamente con cuanto ha llegado a conocerse en nuestros días acerca de la hipótesis del *damnum iniuriam datum*.

Según la reconstrucción histórico-jurídica habitual, los requisitos esenciales del *delictum*, que podía atacarse judicialmente a través de la *actio legis aquiliae*, habrían sido: (i) el evento dañoso (pérdida de carácter económico) sufrido por un sujeto; (ii) la dependencia causal del daño de un acto ajeno; (iii) la injusticia del hecho dañoso; y (iv) algún tipo, variable, de voluntariedad del perjuicio producido.

Lo que es de rigor subrayar, en nuestro análisis, es que el segundo de tales requisitos implicaba «que la responsabilidad se descartara cuando el evento dañoso derivaba, a pesar de las apariencias iniciales, de «fuerza mayor» (*vis maior cui resisti non potest*) y de demás circunstancias del todo incontrolables para el propietario (o para otro en su lugar) de la cosa que hubiese producido materialmente el daño».²¹¹

Estas son circunstancias no imputables porque no tienen origen en el hecho del agente, es decir, «en un comportamiento suyo (positivo o negativo) consciente y voluntario, sino que derivan *aliunde* [...] o que son en tal medida repentinasy imprevisibles que escapan a toda posibilidad de control».²¹² Se trata, entonces, de «hechos específicos de tal relevancia que degradan el ejercicio de la actividad al rango de ocasión y no ya de causa o concausa del evento, razón por la cual dichos hechos, positivamente indica-

²¹⁰ PUGNO, Stefano. *Op. cit.*, p. 247.

²¹¹ GUARINO, Antonio. *Diritto privato romano*. 12.^a ed. Nápoles: Jovene, 2001, p. 1001.

²¹² BIGLIAZZI-GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco Donato BUSNELLI y Ugo NATOLI. *Op. cit.*, p. 96.

dos, habrían podido producir, por sí solos, el evento».²¹³ Quien los alegue en su defensa tendrá que demostrar, entonces, que el daño «ha sido causado por un hecho —extraño a su esfera de conocimiento y de control— que se muestre como dotado de un impulso causal autónomo».²¹⁴

Terminológicamente, no puede evitarse formular un inmediato reparo en lo que respecta a uno de los supuestos de causa no imputable recogidos en el artículo 1972 del Código Civil peruano, que parece estar vinculado históricamente al amplio significado de *faute*, en francés: el uso del galicismo «culpa de la propia víctima» (*faute de la victime*). Lo conveniente es referirse al «hecho» o «conducta» de la víctima o damnificado.

Al margen de lo anterior, sin embargo, se suele sostener que, en todas estas hipótesis, lo que ocurre es que se «interrumpe» el nexo causal que tendría que mediar entre el imputado y el evento dañoso a fin de considerarlo responsable,²¹⁵ lo que ha llevado a un sector de la doctrina comparada, básicamente sudamericana, a hablar en estos supuestos de «ruptura del nexo causal» o «fracturas causales».²¹⁶ Esta expresión, común en la bibliografía argentina, que hoy aparece incluso en el subtítulo del Anteproyecto de Reforma de nuestro Código Civil y que ha influenciado notoriamente a nuestra jurisprudencia, es inexacta.

Así, la doctrina ha puesto en evidencia lo erróneo de la metáfora de la «interrupción» del nexo causal, y ha hecho ver que circunstancias como el caso fortuito y la fuerza mayor son más bien «concausas» del daño, que tienen relevancia como eximentes de responsabilidad civil²¹⁷ o, si se quiere, son supuestos en donde se elimina una «aparente» causalidad y se descubre el verdadero hecho causal.

Desde una óptica cercana a la última posición mencionada, algún autor ha afirmado que, cuando el que ejerce la actividad prueba que «el proceso causal se conecta con el caso fortuito, ello descarta que se trate de un daño dependiente de la peligrosidad de la actividad, en el sentido de que el caso fortuito, al insertarse en el proceso causal material de la producción del daño, entre la actividad peligrosa y este último, deviene su única y verdadera causa».²¹⁸

²¹³ FRANZONI, Massimo. «Dati personali e responsabilità civile». *Responsabilità civile e previdenza*, vol. LXIII, 1998, p. 902.

²¹⁴ Según las referencias jurisprudenciales de ZIVIZ, Patrizia. *Op. cit.*, p. 109; y FACCI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 293.

²¹⁵ VALSECCHI, Emilio. *Op. cit.*, p. 178; entre los más recientes.

²¹⁶ En nuestro medio, consultese TRAZEGNIES, Fernando de. *Op. cit.*, pp. 299-300.

²¹⁷ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*. Vol. v: «La responsabilità». *Op. cit.*, p. 662.

²¹⁸ MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Op. cit.*, col. 982.

Por esto, se ha llegado a sostener que, a diferencia del hecho de tercero y del hecho de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor inciden en el juicio de responsabilidad únicamente como eximientes plenas, es decir, cuando son causas exclusivas del evento dañoso.²¹⁹

Equiparar, pues, radicalmente el caso fortuito con la causa de interrupción del nexo causal sería como asumir que «todo evento que interrumpiera el nexo causal, aun cuando fuera evitable, por ejemplo, tendría que determinar la exoneración de responsabilidad».²²⁰

Teniendo en cuenta las variables anteriores, se ha planteado la conveniencia de distinguir el caso fortuito en «autónomo», «incidente» y «concurrente».

En la primera situación, el caso fortuito es causa totalmente independiente y autónoma del evento dañoso y, por lo tanto, se debe considerar como una causa completamente ajena al sujeto, a la cosa o al animal que, de alguna manera, aparece en la escena del daño. En el segundo, se presenta como una causa que pone, por ejemplo, en movimiento o incide en la cosa y provoca, a través de esta, el evento dañoso, con lo cual absorbe enteramente la relación causal. La última figura se presenta cuando, sin el concurso del fortuito, la cosa, animal o actividad no habrían bastado, por sí solas, para producir el evento dañoso.²²¹

En otro lugar²²² hemos tenido ya oportunidad de referirnos a estas figuras y a las características que deben revestir para ser consideradas eximentes de responsabilidad en el ámbito contractual. Atendiendo a que la exposición es prácticamente equivalente en el área extracontractual, remitimos, en principio, a cuanto tenemos escrito sobre el punto²²³ y reiteramos en esta ocasión solamente nuestra opinión crítica en el sentido de que los requisitos enumerados en el artículo 1315 del Código Civil peruano no tienen por qué entenderse enlazados de manera copulativa y que constituye un error incluir a la «imprevisibilidad» como un requisito del fortuito. Este es, ante todo, «una causa extraña del todo inevitable»,²²⁴ aun cuando se ha hecho notar que

²¹⁹ CAPOACCIA, Anna. *Op. cit.*, p. 368. En el mismo sentido, véase SCISO, Carla María. *Op. cit.*, p. 364.

²²⁰ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 80.

²²¹ GERI, Vinicio. *La responsabilità civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio*. *Op. cit.*, pp. 69-71.

²²² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser L. LEÓN. «Comentario sub art. 1315». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. T. VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, § 5, pp. 884 y ss.

²²³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser L. LEÓN. «Comentario sub art. 1315». En *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*. T. IV: *Derecho de obligaciones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 875 y ss.

²²⁴ COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». *Op. cit.*, col. 2652.

el mismo concepto de extrañeza supone una consideración preventiva y abstracta de los hechos dañosos que deben ser previstos y evitados [...]. Por tanto, hablar de causa extraña e inevitable constituye en cierto modo una duplicidad del juicio, puesto que el primer requisito define el principio de la no imputabilidad absorbiendo también al segundo.²²⁵

Por esto, a continuación, nos limitamos a exponer algunas integraciones.

Bástenos recordar que, si se acoge cualquiera de las nociones subjetivas del caso fortuito: la una, más marcadamente subjetiva, de ausencia de culpa, a ser probada con la genérica diligencia; la otra, de evento inevitable con el uso de la diligencia normal, la responsabilidad civil continuaría ligada al criterio de la culpa.²²⁶ En cambio, lo coherente para con la visión objetiva de la responsabilidad es, siguiendo la teoría de la exposición al peligro, el considerar al caso fortuito como «la causa extraña a los peligros típicos ligados con una determinada actividad humana».²²⁷ Así pues, cada cual responde «de su propia esfera económica y de su propia actividad más allá de todo límite de culpa, así como de los hechos ignotos; su responsabilidad se detiene sólo cuando demuestre la existencia de una causa extraña inevitable (es decir, el caso fortuito), al cual, directa o indirectamente, puede vincularse la producción del daño».²²⁸

Naturalmente, si el caso fortuito no se entiende objetivamente, como es imprescindible hacerlo, las consecuencias del análisis pueden resultar incongruentes. Acoger la noción objetiva significa apreciar el caso fortuito en el plano de la causalidad. Si se adopta la noción subjetiva, la responsabilidad civil podría no ser declarada ni siquiera frente a la permanencia de la relación causal entre una actividad y el evento dañoso.²²⁹

Desde la perspectiva de la teoría del riesgo de empresa, el imputado que quiera eximirse de responsabilidad debe probar que el incidente determinante de los daños «es ajeno al riesgo creado u organizado por quien hace uso de la cosa, y a él económicamente atribuible: y la ajenidad o pertenencia al riesgo pueden resultar de la naturaleza misma del daño».²³⁰ El

²²⁵ ANELLI, Franco. *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 163 (nota 9).

²²⁶ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., p. 70.

²²⁷ *Ib.*, p. 76. También véase COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». *Op. cit.*, col. 2652.

²²⁸ COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Op. cit., p. 77.

²²⁹ El realce es de COSTANTINI, Cristina. «L'interpretazione dell'art. 2051 c.c. oltre il fascino dei consueti "dazzling tricks"». *Danno e responsabilità*, 2004, p. 524.

²³⁰ TRIMACHI, Pietro. «Il «caso fortuito» quale limite della responsabilità per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa)». *Op. cit.*, p. 843.

eximiente de responsabilidad sería, entonces, una fuerza que proviene «del exterior de la empresa y que, por el modo y violencia de su acción, supera aquello que es evitable con las medidas que pueden pretenderse del empresario, y supera, por lo tanto, el riesgo típico creado por la actividad»,²³¹ concepto este que, ante todo, hace referencia al «conjunto de eventos dañosos que el sujeto agente tiene el deber de prever e impedir en cuanto quedan comprendidos, según la lógica y la experiencia, entre aquellos propios de la actividad».²³²

A la idea de «riesgo típico» se recurre, además, porque este es susceptible de administración económica, mediante los seguros, por parte de quien desarrolla la actividad; en otras palabras, porque «es traducible, preventivamente, en términos de costo, a través de los instrumentos asegurativos».²³³

En cuanto al hecho de tercero o al hecho de la propia víctima, estos eximen de responsabilidad solo cuando se presenten de forma tal que su relevancia causal excluya la de la actividad peligrosa. Cuando se presentan, se produce una «sustitución subjetiva en la relación de responsabilidad, cuya composición resulta alterada».²³⁴ En caso contrario, lo que podría presentarse es más bien una concurrencia de responsabilidades.²³⁵

La relevancia que se reconoce al hecho de tercero en este ámbito está ligada con la idea de que «[...] la responsabilidad debe recaer, preferiblemente, en aquél que ha cometido el hecho dañoso».²³⁶ En cambio, el hecho del damnificado está directamente vinculado con el principio de autorresponsabilidad, en tanto y en cuanto «parece ser lógico eximir total o parcialmente al presunto responsable si la misma víctima ha causado total o parcialmente su propio daño».²³⁷

También es certera la asociación de este eximiente con el principio acuñado en la máxima *volenti non fit iniuria*,²³⁸ sobre todo en el derecho estadounidense.²³⁹

²³¹ ZIVIZ, Patrizia. *Op. cit.*, p. 109.

²³² ANELLI, Franco. *Op. cit.*, p. 160.

²³³ SALVI, Cesare. *Op. cit.*, p. 1220.

²³⁴ VALSECCHI, Emilio. *Op. cit.*, p. 178.

²³⁵ MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. *Op. cit.*, p. 1036; FRANZONI, Massimo. *Dei fatti illeciti*. *Op. cit.*, p. 535.

²³⁶ COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». *Op. cit.*, col. 2656 (nota 39).

²³⁷ *Ib., loc. cit.*

²³⁸ BACHMANN, Gregor. «Volenti non fit iniuria - How to make a principle work». *German law journal*, vol. 4, n.º 10, 2003, p. 1033 y ss. (<http://www.germanlawjournal.com>).

²³⁹ PROSSER, William L. y W. Page KEETON. *Op. cit.*, p. 112.

Históricamente, estas dos figuras han sido asimiladas, en el plano de los efectos, al caso fortuito o fuerza mayor, pero solo, como es natural, en la medida en que comparten sus características (extrañeza e inevitabilidad).²⁴⁰

Por ello, un sector de la doctrina hace notar que, en rigor, no debería asimilarse al caso fortuito y a la fuerza mayor el hecho del tercero o el del propio damnificado, porque, en estos casos, el evento «no puede ser atribuido a un factor imprevisto e imprevisible, y por lo tanto ignoto, sino a una causa humana imputable de modo bien determinado».²⁴¹ Se indica, sin embargo, que dicha observación es exacta solo

desde un punto de vista abstracto y general. Puesto que en la búsqueda de la responsabilidad todo factor extraño a la persona llamada a responder puede ser ubicado respecto de ella más allá de los límites de la previsibilidad, el comportamiento ajeno imprevisto e imprevisible, cuando absorba por entero el nexo de causalidad del evento, se configura, con razón, como caso fortuito, con efectos idénticos a los que son particulares de un hecho natural o de una *vis mayor*.²⁴²

En la jurisprudencia foránea, se ha considerado aplicable el eximente del hecho determinante de un tercero para una compañía de electricidad, por ejemplo, en el caso de daños producidos por cables de alta tensión rotos por causa del corte de un árbol debido a un extraño.

Existe, por otro lado, la tendencia a no considerar oponible este eximente cuando la acción del tercero se haya visto favorecida por las condiciones de mantenimiento de la cosa.²⁴³ Tampoco tiene validez exoneratoria, como es obvio, el hecho de tercero provocado por el propio agente del daño,²⁴⁴ ni el hecho de las personas por las cuales este tiene que responder en virtud de una disposición normativa (a título de representante legal, por ejemplo).²⁴⁵

Se recordará que en nuestro Código Civil hay un supuesto en el cual, inexplicablemente, el único eximente de responsabilidad reconocido es el hecho de un tercero. Nos referimos a la norma que dispone la responsabilidad por daños causados por animales, artículo 1979: «el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause,

²⁴⁰ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS. *Leçons de droit civil*. 8.^a ed., T. II. Vol. I: «Obligations-Théorie générale». París: Montchrestien, 1991, p. 672.

²⁴¹ GERI, Vinicio. *La responsabilità civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio*. Op. cit., p. 61.

²⁴² *Ib.*, loc. cit.

²⁴³ ZIVIZ, Patrizia. *Op. cit.*, pp. 110-111.

²⁴⁴ COMPORTI, Marco. «Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva». *Op. cit.*, col. 2656 (nota 39).

²⁴⁵ VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAN. *Op. cit.*, p. 221.

aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar *por obra o causa de un tercero* [el subrayado es nuestro]».

Si bien se acostumbra englobar en la expresión «caso fortuito», además, las figuras de la fuerza mayor, el hecho de tercero y el hecho de la propia víctima,²⁴⁶ no puede reconocerse el mismo rasgo abarcante al solo «hecho de tercero», mucho menos si se piensa en lo injusto que resultaría aplicar la responsabilidad cuando el daño es enteramente atribuible al damnificado (una persona que incita a un perro, incluso ignorando un letrero de advertencia, por ejemplo), a menos que nuestro legislador —y esto, aun cuando contrario al tenor literal, sería más leal con el sentido común— haya pretendido comprender, dentro del ámbito del «hecho de tercero», al «hecho de la víctima» o haya utilizado la expresión como sinónimo de «fuerza mayor».²⁴⁷

En cuanto al hecho de la propia víctima, también es de aclarar, entre otros puntos, que no debe confundirse con este supuesto el caso en que se presenta una «aceptación de los riesgos» (asunción voluntaria del riesgo) por parte del damnificado, porque no es dado deducir de tal consentimiento, automáticamente, una aceptación para sufrir daños.

En Francia, el razonamiento precedente se ha aplicado, por ejemplo, a la responsabilidad del *moniteur* en los accidentes de equitación.²⁴⁸

Por nuestra parte, creemos que la idea descrita puede servir, más en general, para aclarar por qué no deja de ser responsable quien organiza, con o sin fines comerciales, la práctica de deportes riesgosos, a los que se deben no pocos acontecimientos trágicos que muchos recordamos.

En la jurisprudencia extranjera se han presentado llamativos supuestos de concurso de culpa, como el fallecimiento de una persona en la noche de Navidad fulminada por una descarga eléctrica al topar con un cable de alta tensión mientras disponía la iluminación de un árbol adornado para la festividad.²⁴⁹

También se ha resuelto ejemplarmente, en sentido positivo, el problema de si la concurrencia de responsabilidad existe cuando la víctima es un menor de edad, como en un reciente caso, en el que la figura se presentó

²⁴⁶ BESSONE, Mario. «Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia». *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. LXXX, 1982, parte II, pp. 124-125; entre muchos otros.

²⁴⁷ LEÓN, Leysser L. «Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales» (2001). En *La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. *Op. cit.*, pp. 342-343.

²⁴⁸ La referencia es de MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y François CHABAS. *Op. cit.*, p. 681.

²⁴⁹ La referencia es de MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. *Op. cit.*, pp. 1036-1037.

respecto de un niño que perdió una pierna al ser atropellado por una segadora en un campo de cultivo.

La Corte d'Appello de Milán, tras establecer que el niño había desatendido las indicaciones dadas por el conductor de la segadora para que se alejara del lugar, estableció que, en tal supuesto, las conductas de este y de la víctima habían contribuido en cincuenta por ciento, respectivamente, como causas del evento dañoso. La Corte di Cassazione²⁵⁰ no observó el fallo en dicho punto, por respetar, prudentemente, «la reconstrucción del accidente» y el juicio en torno de la causalidad que fue realizado por los jueces de las instancias inferiores.

En la ya citada CAS. n.º 823-2002 (*supra*, § 5), nuestra magistratura de segundo grado había considerado que la «negligencia» de la propia víctima fue la que contribuyó a la generación del daño; como resultado, el *quantum* del resarcimiento pretendido por la parte demandante se disminuyó, en automática aplicación del artículo 1973 del Código Civil: «si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias».

Era el caso de un joven que, en acatamiento de una orden, se lanzó al agua para amarrar la nave a un árbol, pues esta había sufrido un desperfecto mecánico y se hallaba a la deriva. Con la arriesgada acción se evitó un accidente que seguramente habría sido más grave, pues la nave tenía pasajeros, pero la víctima sufrió lesiones físicas irreparables (pérdida total de la visión).

La sentencia de la Corte Suprema, si bien claramente influenciada por la idea de resarcir a toda costa los daños, contiene una interesante reflexión en voz alta (un *obiter dictum*), aun cuando en clave totalmente subjetiva, sobre esta figura:

en el caso que nos ocupa, la víctima acató una orden que le dio el administrador de la motonave, de lanzarse al agua, y amarrar las sogas a un árbol. Esta orden fue acatada a fin de evitar una desgracia de mayores consecuencias, pues la nave se encontraba con pasajeros y se dirigía a estrellarse contra la orilla y fue cumplida con éxito: nadó, llegó a la orilla y amarró la soga al árbol debidamente, no existiendo impericia, ni menos falta de conocimiento en ese acto, motivo por el cual no se puede calificar la conducta del demandante como negligente ni imprudente pues cumplió su misión con éxito y, por el contrario, tal como se describen los hechos, fue la fuerza de la nave con pasajeros a bordo y a merced de la corriente del río que hizo producir tensión en las cuerdas hasta el punto que reventaran y golpearan el rostro y los ojos de la víctima [...]. En consecuencia, luego del análisis de los hechos se llega a determinar que en el presente caso no se ha presentado un caso fortuito,

²⁵⁰ Sentencia 15288, del 30 de octubre de 2002, publicada en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, parte I, pp. 103 y ss.

negligencia o imprudencia por parte de la víctima que dieran lugar a atenuar la responsabilidad, por ende, las fracturas causales que se invocan no se encuentran presentes, siendo que el daño producido ha sido consecuencia de la conducta del demandante y no de un evento extraño y ajeno a él, por lo que la Sala Superior ha realizado un deficiente análisis de los hechos.

La doctrina comparada ha abordado, en términos generales, este problema y ha establecido que, en los casos de daños sufridos por aquel que sigue una orden (y la participación como subordinado en un salvataje es, ni más ni menos, uno de los ejemplos citados), el hecho de la víctima jamás puede ser invocado como eximiente de responsabilidad para el que dirige la operación, porque ello solo es admisible cuando se trata de una iniciativa «intempestiva» del damnificado; si no es así, no estamos ante una causa «extraña» que determine la eximente.²⁵¹

Finalmente, anotamos que la indicación precisa de los eximentes de responsabilidad objetiva relativa, por parte de nuestro legislador, nos hace ajenos a debates foráneos bastante delicados. En Italia, ante la falta de mención expresa del caso fortuito y, en estricta interpretación del eximiente de haber adoptado todas las «medidas idóneas» para evitar el daño (ausente en nuestro Código Civil, no lo olvidemos), se ha sostenido que el que ejerce una actividad peligrosa tampoco responde de los daños que «deriven directamente de tal actividad por un desarrollo espontáneo y anormal de ésta, o atribuibles a la insuficiencia de los conocimientos técnicos disponibles en la época inmediatamente precedente al evento dañoso».²⁵²

11. Conclusiones

De lo expresado en este comentario, pueden extraerse los siguientes puntos conclusivos:

- El artículo 1970 del Código Civil contiene una cláusula general interpretativa de orden normativa por riesgo o, mejor aún, por exposición al peligro de igual rango que aquella regulada en el artículo 1969 del Código Civil; con ello, se afirma en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual, un sistema bipolar.

²⁵¹ VINEY, Geneviève y Patrice JOURDAIN. *Op. cit.*, p. 220.

²⁵² MARTINI, Demetrio de. «Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa». *Op. cit.*, col. 979.

- En estricto, se ha señalado que cabría diferenciarse una responsabilidad objetiva «por riesgo» de una responsabilidad objetiva «por exposición al peligro».

La responsabilidad «por riesgo», como señalara críticamente Comporti, aparecería vinculada siempre a una actividad humana reflejando una valoración esencialmente económica del *alea* que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. Por esto, se encuentra vinculada al denominado «riesgo de empresa», referido normalmente a actividades económicas que presentan características de continuidad y/o de organización, como indicara Trimarchi.

También se ha querido fundamentar la responsabilidad objetiva en la simple idea de un «riesgo creado», que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico para pasar a asociarlo directamente con un dato «aparentemente objetivo, como es la creación de un riesgo, que no es más que una fórmula descriptiva —como señala Busnelli— que no tiene ninguna relevancia sistemática.

De otro lado, para justificar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, en sede objetiva, se ha recurrido también a la idea del «riesgo beneficio», que pretende justificar la responsabilidad objetiva en los beneficios logrados por quien ejercita una actividad riesgosa. Bajo este principio, quien crea un riesgo adicional al simple hecho de vivir, al realizar una determinada actividad para obtener un beneficio, debe responder por todos los daños que se causen a terceros en ejercicio de tal actividad.

La responsabilidad «por exposición al peligro», en cambio, importa una amenaza notable de daño a terceros derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación, tal y como lo describiera Comporti, por lo que representaría una noción esencialmente objetiva, centrada en la faz externa de actuación de los sujetos, diferenciable de la idea de «riesgo» que reflejaría en sí un análisis de la actividad humana «incompatible» con un sustento objetivo de la responsabilidad. Teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad o de los medios empleados, el sujeto causante del peligro deberá siempre responder.

- En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la «exposición al peligro», desarrollada principalmente por Comporti, representó un avance respecto a la teoría del «riesgo de empresa», argumentada por Trimarchi. Esto permitió asignar responsabilidad objetiva a individuos «que no son «empresarios» y que, enton-

ces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial», tal y como lo han hecho notar Alpa y Bessone.

- Lo cierto es que, en realidad, cuesta diferenciar los conceptos de «riesgo» y «peligro». Es más, etimológicamente «riesgo» significa «contingencia o proximidad de un daño», por lo que lo «riesgoso» no es otra cosa que lo «peligroso». Coherentemente, la palabra «peligro», etimológicamente, significa también «riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal». Por esto, algunos autores, como Forchielli, han señalado que el «riesgo» no es sino «el aspecto económico del peligro objetivamente considerado», mientras que, para Trimarchi, el término «peligro» representa siempre «la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio».
- Si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el *civil law*, como son el «riesgo» o la «exposición al peligro», al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el(la) cual se causa un daño a otro, resulta y resultará siempre difícil de desentrañar; habiéndose ya expresado por algún autor nacional que dicha reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva.
- Al parecer, entonces, el principio que sustentaría la responsabilidad objetiva sería, desde la perspectiva clásica del *civil law*, el siguiente: aquel que ejercita actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué?: porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es quien puede dominar o evitar los peligros creados.
En la afirmación antedicha puede reconocerse, sin embargo, esa aproximación «intuitiva» al problema que bien retrata Castronovo cuando señala que «teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo están, pues, empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción», lo que ha sido recién superado con los aportes de Calabresi con su teoría del análisis de las capacidades de prevención de los sujetos.
- ¿Cómo «releer» entonces el artículo 1970 del Código Civil peruano? «Peligrosidad» no es, como ha señalado algún autor, como De Martini,

«imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño».

«Peligrosidad es «*carenzia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados*».

Esto lleva entonces a que, afrontado un problema de responsabilidad extracontractual, debe identificarse dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral para aplicar la regla de responsabilidad objetiva. Empero, antes de aplicar esta regla, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función «sistémica» de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).

Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.

Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).

Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

- Es equívoca la categoría de los «bienes riesgososx contenida en el artículo 1970 del Código Civil.

De un lado, es equívoca por confundir el concepto de «bien» con «cosa»; además, no resulta claro si la intención del legislador fue tratar de unificar el tratamiento de la responsabilidad por actividades peligrosas y la responsabilidad por el hecho de las cosas.

Pero es fundamentalmente errada la categoría de los «bienes riesgosos» desde que, como bien señalara Trimarchi, no se puede hablar jamás de cosas peligrosas *in sé*, sino solo de cosas peligrosas *sub modo*, por lo que la responsabilidad se conecta, en todo caso, a la actividad que con la cosa viene desenvuelta y al peligro que dicha actividad genera.

Una cosa puede siempre ser considerada peligrosa o inocua, dependiendo de la actividad que la involucre.

Nota bibliográfica

Las pioneras obras de Raymond SALEILLES acerca de la responsabilidad objetiva son las siguientes: una reseña de tesis publicada en la *Revue Bourguignonne de l'Enseignement Supérieur*, t. IV, 1894, pp. 647-666; el opúsculo

Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle). París: Arthur Rousseau, 1897; y el informe «Le risque professionnel dans le Code civil», dirigido a la Société d'Économie Sociale y publicado en *Réforme sociale*, t. XXXV, 1898, pp. 634-649. De todo este material rinde cuenta MASSIGLI, Charles. «Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle». En BEUDANT, Robert et al. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*. París: Arthur Rousseau, 1914, pp. 435-475.

La reflexión de Josef ESSER (nacido en 1910) recordada por Gustavo MINERVINI proviene del ensayo «Grundlagen der Reform des Schadener-satzrechts». En *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 148, 1943, pp. 121-146 ; y del volumen *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung: Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*. München : Beck, 1941. La se-gunda edición de este último trabajo, sin modificaciones, fue publicada por la misma editorial muniquesa en 1969.

El artículo de BACHMANN, Gregor. »Volenti non fit iniuria» - How to Make a Principle Work» puede consultarse en *German Law Journal*, vol. 4, n.º 10, 2003, pp. 1033-1042 (en <<http://www.germanlawjournal.com>>). La cita corresponde a la versión de la revista en formato pdf.

Los «Principles of European Tort Law» pueden consultarse en su versión original inglesa en <<http://www.egtl.org>>. En dicho website figura también una versión preliminar en castellano, si bien bastante defectuosa, a cargo de Miquel Martín-Casals.