

EVOLUCIÓN DE LA RACIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Alberto Retamozo Linares

Abogado/Sociólogo. Magíster en Sociología PUC
Magíster en Derecho por la UNMSM. Catedrático
de Sociología Jurídica en Derecho de la UNMSM.

"Los códigos valen según sea la magistratura que los aplique a la realidad cotidiana".

SUMARIO: 1.-La Acción Social y la Racionalidad del Derecho. 2.-La Racionalidad de la Responsabilidad Civil Extracontractual. 3.-La Racionalidad de la Responsabilidad Civil Extracontractual en la Norma Sustantiva Peruana. 4.-La Racionalidad de la Responsabilidad Civil Extracontractual: Entre la Modernidad y Post modernidad del Derecho Civil. 5.-La Racionalidad de la Responsabilidad Civil.

Casi al final del siglo, cuando sociedades y estados analizan sus perspectivas de viabilidad para el próximo milenio, los peruanos involucrados en el quehacer jurídico asistimos a un nuevo debate, silenciado por estos días, referido a las modificaciones que deberá de hacerse a la legislación civil. Para algunos se trata de efectuar sólo determinados ajustes al Código Civil vigente, a efectos de ponerlo a tono con los cambios de la época; para otros, se requiere de un nuevo cuerpo legal; existiendo también aquellos que solicitan la restitución del derogado Código de 1936¹.

En este escenario, de apertura y debate, hemos considerado conveniente reflexionar sobre la Evolución de la Racionalidad de la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Peruano.

¹ Al respecto pueden verse, entre otros, los siguientes artículos: Espinoza, Juan. "Revisión crítica del Código Civil" en "El Peruano" del 10 de Mayo de 1994; Bullard, Alfredo. "Código Civil: reforma e inversión" en "El Peruano" del 13 de Marzo de 1995; de Trazegnies, Fernando. "Un Código para el siglo XXI" en "El Comercio" del 15 de Marzo de 1995; Barreto Quineche, Percy "Código Civil: ¿reforma parcial o integral?", en "El Peruano" del 04 de abril de 1995; Olaechea, Manuel P. "La profunda crisis de nuestro Derecho Civil" en "El Comercio" del 28 de abril de 1995; "¿Se debe modernizar el Código Civil?" en "El Peruano" del 17 de Octubre de 1995.

Abordo el tema como una investigación exploratoria que involucra aspectos teóricos e históricos, animado por interrogantes referidas a la interrelación entre Racionalidad y Responsabilidad Civil Extracontractual (RCE), tales como ¿la forma en que la RCE exterioriza la Racionalidad hegemónica en una sociedad en un período histórico determinado?; ¿cómo se estableció la relación entre norma sustantiva y sociedad en el Perú desde el ámbito de la RCE?; ¿cuál podría ser la perspectiva que asumiría la RCE en un probable nuevo o reformado Código Civil?.

En la búsqueda de respuestas analizamos la Racionalidad en general y la jurídica en particular, estableciendo el nexo teórico con la RCE, para luego tratar su desenvolvimiento en el contexto socio-jurídico de los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984, la perspectiva de futuro.

I.- LA ACCIÓN SOCIAL Y LA RACIONALIDAD DEL DERECHO

Max Weber definió la Racionalidad a partir del concepto de Acción y Acción Social², donde "*acción*" es "una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción enlacen a ella un sentido subjetivo"³. Esta acción, "como orientación significativamente comprensible de la propia conducta, sólo existe para nosotros como conducta de una o varias personas individuales"⁴, deviniendo en social, cuando "el sentido mentado por su sujeto o sujetos esta referido a la conducta de otros, orientándose por estos en su desarrollo"⁵; donde los "*otros*" pueden ser individualizados y conocidos o una pluralidad de individuos indeterminados y completamente desconocidos. Esta acción social se clasifica, según su orientación, en cuatro tipos ideales (acción social fundada en una orientación racional con arreglo a fines; a valores; afectiva y tradicional), que no agotan la realidad, sino que se constituyen en un modelo aproximativo a la acción real.

En la propuesta teórica lo racional radica en la "conexión de sentido", en lo comprensible de ella⁶; apreciación desarrollada por Habermas, para quien

² Weber, Max. *Economía y Sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica. 1987. Octava reimpresión. 1237 Págs.

³ Weber, M. Ibid. Pág.5

⁴ Weber, M. Ibid. Pág.12

⁵ Weber, M. Ibid. Pág.5

⁶ Weber, M. Ibid. Pág.6

el uso de la expresión racional implica “una estrecha relación entre racionalidad y saber”⁷, por cuanto existe vinculación entre las manifestaciones simbólicas que encarna un saber pasible de enjuiciamiento y crítica, por ejemplo el Derecho, y la Racionalidad de las personas, únicos seres con capacidad para responder por sus actos y de comportarse racionalmente. Esta Racionalidad constituye una estructura de conciencia que se exterioriza tanto en los sujetos capaces de conocimiento y acción, como en las manifestaciones simbólicas e institucionales de estos, siendo en los sistemas institucionales donde las estructuras de Racionalidad adquieren eficacia⁸.

Así, el Derecho, producto de la creación del ser humano, manifestación simbólica, adquiere la condición de racional desde el momento en que puede ser objeto de análisis, interpretación y crítica; y, adquiere eficacia cuando las personas integrantes a una sociedad determinada asumen su conducta y justifican sus acciones en el marco de un sistema normativo dado, con lo que se establece la relación entre Orden y Derecho.

Es más, según Weber, el orden adquiere la denominación de Derecho “cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su trasgresión”⁹, concluyendo en que el Derecho es un orden “con ciertas garantías específicas respecto a la probabilidad de su validez empírica”¹⁰; escenario en el cual adquiere las características fundamentales de su Racionalidad: Convencionalidad, Generalidad, Legalidad, Formalismo y Positividad¹¹.

Este Derecho Racional, moderno, se articula a la esfera pública y privada. En la primera se vincula a la actividad del Estado en la perspectiva de legitimar jurídicamente un orden institucional que tiene como objetivo ga-

⁷ Habermas, Jürgen. “Teoría de la Acción Comunicativa” I. Racionalidad de la acción y racionalización social”. Madrid.Taurus. Alfaguara, S.A. 1988. Pág. 24

⁸ Habermas, Jürgen. La reconstrucción del materialismo histórico. Editorial Taurus Humanidades. Madrid, 1992. 315 Págs., Págs. 12 y 233.

⁹ Weber, M. Ibid. Pág. 27.

¹⁰ Weber, M. Ibid. Pág. 252.

¹¹ Habermas define estos conceptos en las dos obras citadas en cuanto a Convencionalidad, precisa que “el derecho moderno es derecho legislado positivo, expresa la voluntad del legislador soberano que regula convencionalmente hechos sociales con medios organizativos jurídicos”, mientras que Generalidad se refiere a que “... el derecho moderno tiene que componerse de normas generales que...no permiten excepción ni privilegio ningunos...el

rantizar un sistema económico no estatal, función a partir de la cual se establece la relación con la esfera privada; en la segunda, el Derecho se constituye en el "sistema de normas que, de acuerdo con el sentido atribuido a éstas por el ordenamiento jurídico, regulan la conducta no referida al instituto estatal"¹², siendo sus contenidos "determinados... por las necesidades de circulación económica capitalista: su meollo es la garantía institucional de la propiedad, con las garantías conexas de la libertad contractual y el derecho de empresa y herencia".

Así, el interés particular se realiza con la garantía del sistema institucional público, proceso en el que el Derecho participa como medio a través del cual se concretiza el orden, acción donde, como hemos indicado, adquiere eficacia.

II.-LA RACIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Toda esta formulación teórica de la Racionalidad del Derecho Moderno, que implicó la juridificación de los diversos ámbitos de la economía, coadyuvó al proceso de circulación y acumulación privados, contribuyendo con ello a la estructuración sistémica de la sociedad, fomentando la apertura, movilización y aplicación racional de recursos naturales y de la fuerza de trabajo.

legislador cada vez tiene que regular hechos sociales más concretos... Este rasgo depende de modo inmediato de la legitimidad del derecho burgués: siempre y en la medida en que el derecho moderno regule universalmente una esfera de la acción estratégica, el sistema jurídico se puede justificar en su conjunto como expresión de intereses generalizables". Habermas, J. "Reconstrucción..." Pág. 236. Asimismo indica que la Positividad se refiere a que el derecho moderno rige como un derecho positivo estatuido. No se forma por interpretación de tradiciones sagradas y reconocidas, sino que expresa más bien la voluntad de un legislador soberano, que, haciendo uso del medio de organización que es el derecho, regula convencionalmente situaciones sociales; mientras que en la Legalidad, el derecho moderno no supone a las personas jurídicas ninguna clase de motivación ética, fuera de una obediencia general al derecho; protege sus inclinaciones privadas dentro de los límites sancionados; no se sancionan las malas intenciones, sino las acciones que se desvían de las normas (lo que supone las categorías de responsabilidad y culpa). Finalmente, el Formalismo implica que el derecho moderno define ámbitos en que las personas privadas pueden ejercer legítimamente su arbitrio. Se presupone la libertad de arbitrio de las personas jurídicas en un ámbito, éticamente neutralizado, de acciones que son privadas, pero que llevan anejas consecuencias jurídicas. El comercio jurídico privado puede así quedar regulado por vía de la restricción de las facultades reconocidas en principio (y no por vía de regulación positiva mediante deberes y mandatos materiales concretos). En este ámbito está permitido todo aquello que no esté prohibido" Habermas, "Teoría de la..." Pág. 336.

¹² Weber, M. Ibid. Pág. 498.

Pero ¿de qué forma la Racionalidad social y jurídica se desenvuelve en el ámbito de la RCE?

La evolución de la RCE ha ido paralela a la noción de resarcimiento del Daño. Desde su conformación misma como grupo humano organizado, las sociedades establecieron mecanismos a través de los cuales buscaban reivindicar a la víctima. La acción reivindicativa de los "jus sanguinis" que significó el "ojo por ojo y diente por diente" cedió su lugar, a través del proceso de conformación de la cultura jurídica de occidente¹³, a formas más complejas de reparación del daño: de la valoración de la persona y la magnitud de la venganza según la condición social de la misma, se evolucionó hacia estimación fundada en la sola condición de ser humano víctima de un daño. Desarrollo al que coadyuvó decisivamente la afirmación del pensamiento cristiano de que el hombre había sido creado a imagen de Dios.

El asentamiento del cristianismo en Occidente y la influencia que alcanzó en las esferas de poder desde el siglo VI, hasta la alta Edad Media, permitieron, en un período donde predominaban los privilegios personales, la concreción jurídica del cambio de perspectiva de la reparación del daño a través de su influencia en el Derecho. Luego, la Modernidad y su Renacimiento, producto de la evolución económica y social de la humanidad, se exteriorizaron también en el Derecho, el mismo que comenzó a juridicar los diversos aspectos de la vida, etapa durante la cual se consolidó la síntesis de los derechos romano, germánico y canónico; el hombre racionalizó hechos, analizando causas y efectos, distinguiendo, además, lo causado de lo casual, lo fortuito de lo previsible.

La consecuencia de dicha evolución fue el replanteamiento de la perspectiva de la Responsabilidad, entendida ya como la categoría jurídica de RCE; pero la herencia de su pasado no la abandonó. Los siglos posteriores fueron testigos de una nueva controversia en torno a las consecuencias del daño, las opciones se planteaban entre "responsabilidad castigo o responsabilidad reparación". ¿La sanción que el ordenamiento aplica como respuesta, tiende a castigar al autor del comportamiento antijurídico por acción u omisión, o a resarcir a la víctima del daño injusto?¹⁴.

¹³ Respecto a la forma en que evolucionó, así como los elementos constitutivos de la cultura de occidente puede verse: Berman, J. Harold "La formación de la tradición jurídica de occidente". México, Fondo de Cultura Económica, 1996. 674 Págs.

¹⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. "Introducción a la Responsabilidad Civil", en: "Responsabilidad Civil". Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1992. Pág.24.

Así la Modernidad nos puso ante un nuevo tema de debate jurídico, el mismo que se ha mantenido durante los últimos tres siglos. Cada una de las perspectivas planteadas respondió, en su momento, a determinada forma de desarrollo socioeconómico de la humanidad. A la primera opción, de castigar al autor, previa probanza de su comportamiento, se conoció como "Responsabilidad por Culpa"; a la segunda, la de privilegiar a la víctima más allá de la identificación del autor, probada o no su responsabilidad, se le denominó "Responsabilidad Objetiva".

En la RCE por culpa se vincula justicia de la sanción a voluntariedad de obrar, por lo que es asumida como un traslado económico del daño al causante intencional, constituyéndose como "sinónimo de reproche frente a una falta, de responder del obrar propio y libremente querido"¹⁵; que implica, a su vez, la irresponsabilidad en los casos de daño por causas fortuitas que escapaban al control de la voluntad del causante. Según esta teoría, no existiría "justificación para hacerlo responsable y, no habiendo ninguna otra persona en quien hacer recaer dicha carga económica, ésta tiene que ser soportada exclusivamente por la víctima"¹⁶. La frase que la resume es "no hay responsabilidad sin culpa" y el criterio que le sirve de sustento es muy simple, si el autor no tuvo la intención de causar el daño, la sanción que se le impondría lo convertiría, de inmediato en una segunda víctima, con lo que el daño termina ampliando su esfera de acción.

Esta es la responsabilidad de los albores del capitalismo y de la primera revolución industrial, consecuencia "del pensamiento filosófico jusnaturalista racionalista, de los siglos XVII y XVIII: Grocio, Hobbes, Locke, Puffendorf son los inspiradores. La conjunción del individualismo y del liberalismo lleva a la tesis de que sólo debe responder de sus actos responsables-concepto moral trasladado al campo jurídico- quien actúa con voluntad y conciencia. Es necesario, se afirma, por un lado, mantener la conciencia de la responsabilidad individual (la condición de "ser responsable", noble atributo del ser humano), y, por otro lado, resguardar la libertad de las personas, que se vería restringida si detrás de todo comportamiento del cual se desprende un perjuicio surgiera el deber de reparar"¹⁷.

¹⁵ Ibid. Pág. 24

¹⁶ De Trazegnies, Fernando. "La responsabilidad extracontractual". Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL. Vol. IV, Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1988. Pág. 44.

¹⁷ Ibid. Pág. 25.

Con este marco teórico, el Estado Moderno, la dinámica economía capitalista que se encontraba en su fase expansiva y la emergente burguesía, tuvieron el sistema jurídico pertinente a su actuar en el ámbito del derecho de daños. La responsabilidad por culpa constituyó la exteriorización del principio económico liberal “dejar hacer, dejar pasar”.

Las convulsiones políticas y sociales que acompañaron al devenir político social de Occidente se tradujeron en el desplazamiento del Estado Absoluto por el Estado Burgués de Derecho, del jusnaturalismo racionalista y, en el reconocimiento de nuevos derechos sociales y políticos, plasmados en constituciones como la de Weimar y Querétaro, promulgadas en los albores del siglo XX.

En materia del tratamiento jurídico del daño, se comenzó a cuestionar la perspectiva de la “Responsabilidad por Culpa”, por cuanto al recaer la carga de la prueba en la víctima, devenía en casi imposible la sanción al causante del daño; limitación ante la cual surgió la denominada “culpa objetiva”, donde “la carga de la prueba corresponde a quien pretende liberarse de la responsabilidad. Es éste quien debe acreditar que obró sin culpa”¹⁸.

Más las exigencias no se limitaron sólo a plantear una excepción a la teoría de la culpa, sino que avanzaron a favor de la víctima. Los argumentos se centraban en el hecho de que el daño, como desgracia para el ser humano, “debe ser erradicado, evitado o reparado”, se adquirió conciencia de que el desarrollo económico y complejidad institucional deben ser capaces de asumir sus consecuencias en la vida de los integrantes de la sociedad, con lo que la reparación de los daños “se vuelve entonces una cuestión prioritaria de justicia, paz, orden y seguridad”¹⁹ deviniendo en una cuestión de urgente atención por parte del Derecho.

Este cambio de perspectiva se manifestó en la teoría de la Responsabilidad Objetiva, donde “sólo se atiende a los hechos del caso (al nexo causal)... demostrado el daño, el causante queda obligado a repararlo”²⁰, apreciación a la que posteriormente se le agregó la noción de riesgo.

¹⁸ De Trazegnies, F. Ibid. Pág. 48.

¹⁹ Mosset L., Ibid. Pág. 27.

²⁰ De Trazegnies, F. Ibid. Pág. 48.

Pero así como se cuestionó la teoría de la culpa, la de Responsabilidad Objetiva también ha sido objeto de críticas por cuanto, según sus detractores, convierte al causante en una segunda víctima, deviniendo, por sus fundamentos en contradictoria e inmoral. "Es de advertirse que de alguna manera la responsabilidad objetiva tiene todavía algún fundamento de culpa: sólo que atribuye culpa a todo causante y no le da la oportunidad de demostrar lo contrario. Así la responsabilidad objetiva es una suerte de presunción *iuris et de iure* de culpa generalizada. Pero este mismo resabio de culpa es lo que la hace ininteligible: si en principio se paga porque es culpable, ¿por qué no se nos permite demostrar que no lo somos?. La responsabilidad objetiva impone una culpa irrefutable sobre todo causante: lo que parece contradictorio y hasta inmoral"²¹.

Asimismo, en cuanto a la incorporación de la noción de riesgo, que siempre acompaña a la Responsabilidad Objetiva, mientras para algunos "Es una tesis realista y simple, que además de conducir a soluciones justas, muestra el cambio de óptica: de la preocupación por juzgar la conducta del agente se pasa a la preocupación por juzgar el daño, en sí mismo, en su ilicitud o injusticia"²²; para otros, constituye una fundamentación moral de la responsabilidad objetiva donde se juzga el riesgo a partir del riesgo generado por el causante, pero que no termina por explicar, ni fundamentar satisfactoriamente la responsabilidad objetiva, por cuanto en la sociedad actual tanto el causante como la víctima actúan en situación de riesgo.

Las apreciaciones expuestas expresan los nuevos términos del debate contemporáneo en torno a la RCE, el mismo que gira en torno a la responsabilidad objetiva, a la que además de la noción de riesgo se le han agregado las de seguridad y garantía, llegando a la de "cobertura social de todos los daños" sobre la base de fondos públicos y de la "distribución social del daño".

La "distribución social del daño" es una de las perspectivas modernas de la teoría de la Responsabilidad Extracontractual, la misma que se origina en la escuela del análisis económico del derecho y constituye la exteriorización en la esfera jurídica de la economía de mercado. Esta distribución social consiste en "diluirla el peso económico del daño, inter-subjetivamente e inter-temporalmente, de manera que el "responsable" no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico...no se trata de buscar a un culpable a

²¹ De Trazegnies, F. Ibid. Pág. 49.

²² Mosset I.J. Ibid. Pág. 28.

quien sancionar ni de crear por razones oscuras una nueva víctima económica frente a la víctima directa. De lo que se trata en esos accidentes de la vida contemporánea de carácter rutinario (lo que excluye el dolo o la culpa inexcusable), es fundamentalmente de reparar a la víctima y diluir en el todo social el impacto económico del daño para que nadie lo sufra en particular: la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y, consecuentemente, hay que trasladar el costo de la indemnización a toda la sociedad”²³, las vías para dicha asunción están dadas por el incremento del precio del producto (sistema de precios) y contratación de seguros (seguro obligatorio)²⁴.

Pero, al igual que las otras, ésta perspectiva tampoco se halla exenta de crítica. Se cuestiona el utilitarismo e individualismo, propios de una economía de mercado, sobre el cual se construye el discurso jurídico de la RCE. “En beneficio de la producción se justifican y se ocultan ciertas fuentes de dañosidad: contaminación de las aguas, enrarecimiento de la atmósfera, malos olores, humos, etc.

La utilidad es el patrón o guía en el tema... lo que aparece como útil o beneficioso para los más, se considera verdadero y este valor encierra la justicia. De donde lo útil es, sin más, lo justo. Es, en buena medida, el triunfo del mercado sobre el derecho, de lo útil sobre lo justo”²⁵.

²³ De Trazegnies, F. Ibid. Pág. 53.

²⁴ Según Fernando de Trazegnies, “Calabresi es quien, colocando el acento en la erradicación, ha pretendido conciliar este objetivo con la reparación socialmente difundida. Para este autor, no basta con eliminar los “costos secundarios” (reparar el daño) del accidente sino que también es preciso intentar reducir los “costos primarios”, es decir, el accidente mismo. Esto significa que algún tipo de incomodidad debe ser sentida por aquellos que más fácilmente podrían evitar la producción del riesgo, a fin de incentivar en ellos una actitud que lleve a controlar al máximo tal producción. De ello deducimos que cuando menos el importe de las primas de seguros debe ser cargado a ese tipo de actores de la vida social. Pareciera que regresamos de esta manera nuevamente a la teoría de la responsabilidad objetiva por riesgo creado, así como a todas sus dificultades. Sin embargo, la diferencia fundamental estriba en que, dentro de la perspectiva que venimos desarrollando, el énfasis no está colocado en la creación del riesgo sino en la posibilidad económica de evitarlo.... lo importante para que este mecanismo erradicativo funcione es que no se permita al productor “externalizar” sus costos, es decir, retirarlos de su estructura de precios y trasladarlos al usuario por caminos ajenos al mercado.... el derecho debe... obligar a una “internalización” de los costos....a exigir que cada productor contabilice las posibilidades de accidentes derivados del riesgo del bien o servicio, de manera que incidan en su precio final” Págs. 55-56.

²⁵ Mosset I.J. Ibid. Pág. 33.

Podríamos decir que, los términos del debate respecto de la RCE oscilan entre una perspectiva objetiva, al parecer socializadora y, la individualista, fundada en los principios de la escuela del análisis económico del derecho.

Así, al igual que hace más de trescientos años, ambas exteriorizan la racionalidad inmanente de la sociedad de la época; por lo que el Derecho sigue siendo un escenario, desde el cual, a diferencia de otros, los actores pueden comprender a su público.

III.- LA RACIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL EN LA NORMA SUSTANTIVA PERUANA

La historia republicana del Perú se caracteriza por haber generado una significativa producción de constituciones; pero en materia de códigos, en especial de los civiles, no hemos tenido tan copiosa productividad. A lo largo de 178 años de vida independiente se han promulgado tres códigos civiles, cuya temporalidad puede vincularse a la vigencia de ciertas constituciones, con lo que podríamos afirmar que el período de existencia y estabilidad del Código Civil de 1852 tiene relación con la Constitución de 1860, que estuvo vigente hasta 1920; la del Código de 1936 a la Constitución de 1933; y, la del Código de 1984 a la Constitución de 1979.

Siendo un poco más osados afirmamos, como hipótesis, que dada la condición de proyecto político que contiene una Constitución, la vigencia de la norma civil está en relación con la visión de país y futuro que se plasma en las cartas políticas y en los discursos políticos hegemónicos; con lo que la racionalidad inmanente en la norma constitucional se proyectaría a la norma sustantiva reguladora de la actividad privada.

En nuestro caso y, desarrollando la hipótesis planteada, planteamos que en el Perú la Constitución Política y Código Civil se articulan a un *sui generis* proceso modernización que se inicia a partir de la segunda mitad del siglo XIX²⁶, el cual incorporó a la cultura nacional, en especial a la jurídica, los valores

²⁶ Sobre el tema puede verse: De Trazegnies Granda, Fernando. "La Idea de Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX". Pontificia Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992. Pág. 34. donde el referido autor plantea que durante éste período se inicia en el país la "modernización tradicionalista", la misma que se caracteriza por recoger valores europeos modernizantes, conservando, a la vez, los valores excluyentes heredados de la colonia.

Retamozo Linares, Alberto. "Modernismo y modernización en las constituciones de 1860 y 1920", en: Revista "Camino del Laberinto" N° 2. Lima, 1989.

generados en Francia, Inglaterra y otros países europeos ajenos a la Península Ibérica. La modernización implicó la generación de una conciencia de cambio "vinculada a la aspiración de realizar ciertos objetivos sociales, constituidos fundamentalmente por la imitación de los modelos europeos a los que se considera como "países modernos"²⁷.

Esta aspiración se proyectó, en el imaginario jurídico a través de la promulgación de un conjunto de normas de orden administrativo, sustantivo y adjetivo²⁸, que buscaron darle estabilidad y viabilidad al país; más este proceso no significó una ruptura con la tradición cultural heredada, sino que se presentó como una síntesis de tradiciones²⁹ donde coexistieron valores tradicionales y modernos. La coexistencia de lo tradicional con lo moderno constituye el signo distintivo de la denominada modernización "tradicionalista", la misma que en el ámbito del Derecho se exteriorizó en lo que la Dra. Ella Dunbar Temple denominó "mestizaje jurídico".

Este mestizaje se comenzó a generar luego de la independencia, ante el retraso en la recepción de las escuelas de derecho en boga en Europa, como la Escuela Histórica, por lo que "el Derecho Peruano, a la par que se nacionalizó, adquirió un carácter extranjerizante debido a la recepción de un haz de importaciones jurídicas. Empero, al no perder contacto con la realidad peruana y el trasfondo histórico, devino en un típico mestizaje jurídico que paulatinamente conforma el sistema jurídico nacional"³⁰

El Perú del presente construyó su modernidad política, social, económica y jurídica sobre los antecedentes expuestos. La articulación entre lo tradicional y lo moderno ha constituido la característica de la evolución de la nación, donde han coexistido a lo largo de casi dos siglos en un escenario signado por el conflicto: ¿Cuánto de ésta racionalidad se exteriorizó en el derecho privado, en la esfera de la RCE?

²⁷ De Trazegnies, F. Ibid. Pág. 34.

²⁸ De Trazegnies, F. Ibid. En este trabajo el citado autor menciona una serie de normas que se promulgaron durante éste período, tales como las constituciones de 1856, 1860 y 1867, donde la segunda tuvo 60 años de vigencia; la promulgación de una Ley de Reorganización de la República; Organización de las municipalidades; promulgación de los códigos de Enjuiciamiento Civil, Código Penal; de Procedimientos Penales, etc.

²⁹ Ver: Morse, Richard. "El espejo de Próspero". México. Editorial Siglo XXI. 1982; Retamozo Linares, Alberto. "Notas para una agenda socio-jurídica iberoamericana", en: ENLACE 1, Revista de Sociología Jurídica. Lima. 1996.

³⁰ Dunbar Temple, Ella. "Introducción bibliográfica a la historia del Derecho y a la etnología jurídica". 1971.

III.1.- Código Civil de 1852

La cultura jurídica nacional, en materia de Derecho Civil, tiene su antecedente en la recepción de valores jurídicos y codificación que se generó antes de la promulgación del Código Civil de 1852.

El Dr. Jorge Basadre analizó en dos artículos³¹ el contencioso proceso que antecedió a la promulgación del citado Código, precisando los derechos y corrientes doctrinarias que ejercieron influencia en las tres comisiones codificadoras (1845-47; 1849 y 1851) que para tal efecto se constituyeron, los mismos que fueron: el derecho romano; el canónico; el castellano; el germánico; la escuela francesa, a través de Domat; el Código de Napoleón y sus primeros comentaristas, tales como Duranton, Aubry y Rau; y, el Código de Santa Cruz. Cuerpos, estos últimos receptores del derecho natural en boga en aquella apoca; así mismo, haciendo referencia a la tradición y modernidad inmanente en nuestro Derecho decía que, "El tradicionalismo está, en general, representado por el elemento canónico, el castellano y una parte del derecho romano. El elemento innovador esta representado, en general, por la influencia francesa"³². Opinión que comparten otros comentaristas del citado Código "el Código Civil de 1852 representó un evidente progreso dentro de la época que empezó a regimnos" y recogió "las tradiciones jurídicas, resistiendo a las exageraciones, respetando los sentimientos de la colectividad, por lo que se le ha considerado modelo de moderación, obra de árbitros y no de partidarios"... aunando el progreso con la tradición...la codificación de 1852 respondió a una necesidad nacional y moral. Ambos extremos de esa exigencia fueron colmadamente satisfechos con la obra sabia, informada, sistemática y formalmente decorosa que constituyó el Código Civil derogado en 1936³³; por su parte el ex - Decano del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Félix Navarro Irvine, consideraba que "fue sínte-

³¹ Al respecto puede verse los artículos del Dr. Jorge Basadre: "Antecedentes del Código Civil de 1852" y "Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852", publicados en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en 1939 (Año III. N° 1) y 1952 (Vol. VI N° 1); así como Luna Victoria León, César "Código Civil de 1982: lo nacional y lo importado", en: Derecho N° 42, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Diciembre de 1988 pp. 73-163.

³² Basadre, Jorge. "Hacia una interpretación..." Ibid. Pág. 66.

³³ Nota Editorial. El Centenario del Código Civil de 1852. Revista del Foro. Órgano del Colegio de Abogados de Lima, Mayo-Agosto de 1952 N° 2. año XXXIX.

sis de los derechos romano, español y patrio, adecuada prudentemente a la realidad social, moral y económica del país”³⁴.

En cuanto a la RCE, también existía coincidencia en que adoptó la perspectiva hegemónica en la época: La teoría de la culpa. Más la aparente simple constatación no se encuentra exenta de controversia. En lo que respecta a la RCE el legislador de 1852 consideró, según comentarios efectuados en 1911, que era “uno de los menos incompletos y casi podríamos decir de los menos imperfectos en materia de responsabilidad extracontractual, y sus disposiciones son exponentes de la teoría dominante” sin embargo, se indicaba seguidamente, “que las disposiciones de nuestro código son en la materia que nos ocupa, contradictorias cuando no injustas; y que esa contradicción é injusticia depende del principio que las informa, estrechamente vinculado á la idea de culpa”³⁵. Algunos años más tarde, otro autor decía, refiriéndose al mismo tema, que “tuvo, fatal y necesariamente, que significar un mero ensayo de adaptación a un pueblo integrado por el concurso de variadísimos y hasta opuestos factores, sin unidad étnica, nuevo y por consiguiente, sin experiencia propia, que no hacia sino amalgamar las leyes de sus antiguos señores, de quienes acababa de independizarse, combinándolas con otras de distinto origen y tendencias, que le imprimían un carácter puramente circunstancial y autoritario...carece de todo carácter social en un país, precisamente, falto de asociación y de solidaridad”³⁶.

Estas críticas cuestionaban a la teoría de la culpa que animaba al Código. En un país como el Perú, la responsabilidad por culpa devenía en inviable, más aún cuando esta no se presumía sino que debía ser probada (art. 1268); por cuanto terminaba siendo posibilidad de la minoría nacional integrada a la modernidad y, dentro de ésta minoría, privilegio de algunos pocos que alcanzaban a probar la responsabilidad del causante. Es decir, que sin proponérselo, devenía un factor de exclusión, más que de cohesión social, con lo que el Código Civil perdía su efecto modernizador.

³⁴ Navarro Irvine, Félix. “El Centenario de la promulgación del Código Civil de 1852”. En: Revista del Foro. Ibid. Pág. 217.

³⁵ Ramírez, Carlos Aníbal. “Las modernas tendencias del derecho en materia de responsabilidad civil”. Tesis para optar el grado de Doctor. Lima, Tip. del Panóptico, 1911. Pág. 138.

³⁶ Boza, Edilberto C. “Reformas del Derecho Civil”. Lima, 1918. Pág. 162.

Pero autores contemporáneos consideran que el Código, en lo que es materia del presente trabajo, se adelantó a su época, debido a que en algunos articulados admitía "una inversión de la carga de la prueba", tal como se puede apreciar en los artículos 2192 y 2194; o, en otros "apunta aún más marcadamente el inicio de un pensamiento jurídico objetivista", como en el caso del artículo 2197 y del 2198, donde se aproxima a la teoría del riesgo "No cabe duda de que esta norma se aproxima bastante más a la teoría del riesgo creado que a la de la culpa, aun cuando la teoría del riesgo no había sido todavía formulada en esa época: se trata de instituciones que están en el ambiente jurídico y que llevarán posteriormente a los juristas a formular tal teoría"³⁷. Aunque el artículo 2194 ha sido calificado también de injusto³⁸.

A pesar de estas aparentes posibilidades, el Código Civil en su conjunto comenzó a ser cuestionado a medida que el país se iba articulando a una nueva fase de expansión del capital, luego del colapso que significó la guerra con Chile. El inicio de la reconstrucción, la institucionalización de la denominada República Aristocrática³⁹ y su visión de futuro del país centrada en el objetivo de devolver a la nación su tradicional prosperidad sobre la base de la iniciativa pública y privada, que articulara tanto al capital nacional, extranjero y al Estado, en cumplimiento de las metas siguientes: Irrigaciones en la costa; ampliación de la frontera agrícola; estructuración de un sistema vial; y, el fomento a la inmigración⁴⁰, así como la asunción de Leguía al poder, implicaron la incorporación de nuevos agentes económicos y la emergencia de actores sociales, hasta entonces no considerados relevantes, en la escena nacional⁴¹. El Perú, durante los años de vigencia del Código Civil, especialmente entre los años 1895 – 1929 comenzó a transformarse aceleradamente, situación que hizo colapsar al citado cuerpo de leyes, cuestionándose, con ello, la teoría

³⁷ De Trazegnies, F. "La Responsabilidad..." Ibid. Pág. 90.

³⁸ Ramírez, C.A. Ibid. Pág. 138.

³⁹ Al respecto puede verse: Basadre, Jorge. "Historia de la República del Perú". Editorial Universitaria, Lima, 1983. Tomos VII, VIII y IX.

⁴⁰ Ver: Portocarrero, Gonzalo. "Ideologías, funciones del Estado y políticas económicas. Perú: 1900-1980". En: DEBATES en Sociología N° 9. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima. 1983.

⁴¹ Ver: Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. Apogeo y Crisis de la República Aristocrática. Ediciones Rikchay Perú N° 8. Lima, 1981.

informante de la RCE “Se hace necesario determinar responsabilidades, que en conformidad con el derecho moderno, alcancen a los directores de establecimientos o empresas públicas, al Estado cuando obra por medio de sus agentes o tiene a su cargo la dirección o el monopolio de algunos servicios, a los que usan en sus industrias de máquinas peligrosas, sustancias explosivas, chimeneas o depósitos de materiales infectantes; a todos, en fin, lo que constituye el movimiento de la vida moderna, de donde surgen esas mil cuestiones que se promueven con motivo de los daños que a las personas y a las propiedades se causan diariamente por imprudencia, torpeza, mala dirección y negligencia”⁴².

Se cuestionaba también el hecho de que las reformas se estuvieran haciendo en forma aislada mediante leyes, tal como había sucedido con la incorporación del riesgo profesional al Código por cuanto “estas reformas aisladas, que han destruido la unidad de nuestro código, sin darle una orientación concreta y definida, no constituyen la suma de innovaciones del derecho actual”. Se proponía, por ello, “reglamentar las obligaciones que se originan por hechos extracontractuales y aun extra voluntarios y dar cabida a nuevas formas de contratación; precisar el verdadero concepto de la responsabilidad civil; establecer reglas científicas para determinar el valor de la compensación de daños y perjuicios originados por el casi delito”; planteando que la reforma del Código debía tenerse en cuenta que “En el Perú, tratándose de la preparación de elementos para la obra de la codificación civil, no hay que olvidar que existe un grave problema de cohesión nacional. No obstante las expresiones unitarias de la sociedad nacional por el Estado, no puede negarse la diversa psicología colectiva, la variada organización económica y el heterogéneo ideal de las regiones, que a su vez, se hallan trabajadas por influencias contradictorias que hacen ostensible la ausencia de unión y de solidaridad. Por eso la formación de un nuevo código, entre nosotros, no puede ser el resultado de la improvisación, sino el producto de la observación y del estudio de los adelantos científicos y de las necesidades de nuestro medio social. Sus materiales deben salir de las entrañas mismas del pueblo, para que pueda reflejar las aspiraciones generales y satisfacer las verdaderas exigencias de la nación”⁴³.

⁴² Boza, E. Ibid. Pág. 110.

⁴³ Boza, E. Ibid. Págs. 164, 165, 166.

Las comisiones reformadoras tuvieron ante sí el reto no sólo de modernizar el código, sino, como se indica, de adaptarlo a la realidad nacional: tarea ardua debido a las condiciones del país.

III.2.- Código Civil de 1936

Las discusiones de las comisiones reformadoras del Código Civil de 1852 comenzaron en 1922 y concluyeron en 1936, con la promulgación del nuevo Código. Durante éste período el quehacer nacional se caracterizó, en lo político, por el colapso de la "República Aristocrática" en manos del leguismo, por la expansión de la economía nacional, donde el Estado comenzó a asumir un rol protagónico, desarrollando "con ímpetu la función de promotor y acelerador del progreso"⁴⁴, así como su vinculación a la economía norteamericana, para concluir en la gran crisis económica de 1929. La coyuntura concluye con la instauración del Estado Oligárquico, el ocaso del régimen de Leguía y la crisis política que se generó durante el relevo, la misma que derivó en el asesinato del Presidente Sánchez Cerro; y en la promulgación de la Constitución Política de 1933, que devino en la salida política a la crisis que afectaba al país.

En cuanto a influencias de corrientes doctrinarias y códigos de otros países, se tuvo en cuenta al Código alemán, "el cual se afilió al sistema subjetivo, manteniendo el criterio de la responsabilidad fundada en la culpa y sólo excepcionalmente sin ella y, por disposiciones paralelas al Código Civil se dio lugar también a la responsabilidad por riesgo" y el Código brasileño," cuyo sistema se basa también en el principio de la culpa"⁴⁵.

En cuanto al ambiente intelectual de la época, es ilustrativa la apreciación del Dr. Manuel Vásquez de Velasco, citado por el Dr. Fernando de Trazegnies, quien indicaba que "La Reforma del Código de 1852 se hizo en un momento de desconcierto del ambiente forense, agitado por las nuevas teorías de la responsabilidad sin culpa y de la responsabilidad por riesgo, genérica la primera, específica la segunda, y revolucionarias y pugnases ambas. Las propugnaba con calor en varios países de América una falange juvenil de abogados noveles,

⁴⁴ Portocarrero, G. Ibid. Pág. 14.

⁴⁵ Vidal Ramírez, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual: El Sistema Adoptado por el Código Civil de 1984". En: Revista del Foro. Lima. Enero-Junio de 1989. Año LXXVI.

que estaban pagando el noviciado y así conjugaban su quijotismo doctrinario con las proficuas consecuencias de la responsabilidad a todo trance y la indemnización pecuniaria en todo caso. Impugnaban la teoría subjetiva de la responsabilidad, basada en el libre albedrío, la imputabilidad de los actos y la culpa, arguyendo que estaba informada por un "individualismo caduco", era insuficiente para regular todos los casos con equidad y carecía de emoción social. Y se había ya introducido en la legislación del trabajo la teoría del riesgo, que aportaba una nueva tendencia, una tendencia objetiva, cuya aparición en el campo del Derecho no se podía dejar de acusar"⁴⁶.

En éste contexto social y doctrinario, se planteó el debate al interior de la Comisión Reformadora, el mismo que se produjo entre los Doctores Manuel A. Olaechea y Juan José Calle, por un lado, y, por el otro, el Alfredo Solf y Muro. Los dos primeros plantearon que el nuevo Código Civil debía tener, en materia de RCE, una perspectiva objetivista; mientras que el Dr. Solf y Muro asumía la teoría subjetiva. Al final primó la posición del último de los citados, pero el debate se mantuvo por mucho tiempo. ,

Al promulgarse el nuevo Código, luego de tan ilustrativo debate, se apreciaba que el principio de responsabilidad por culpa era el que informaba la RCE, dejando a futuras leyes especiales el la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva. El artículo 1136, fundamento de la citada Responsabilidad, que a la letra decía que "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo", no era nuevo, sino que recogía casi textualmente lo que disponía el artículo 2191 del derogado Código de 1852, "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo".

Interpretaciones posteriores, tal como sucedió a raíz de la exposición que brindara en el Colegio de Abogados de Lima el Embajador de Colombia Dr. Eduardo Zuleta Ángel; o, los comentarios del Dr. José León Barandiarán comentado por el Dr. Zárate Polo, así como otros importantes debates que se fueron presentado en el deve-

⁴⁶ Vásquez de Velasco, Manuel A. "La Responsabilidad Civil Extracontractual", en Revista del Foro. Lima, Diciembre de 1953. Citado por de Trazegnies, F. "La Responsabilidad..." Ibid. Pág. 93.

nir de los años⁴⁷, reflexionarían sobre a quien correspondía la carga de la prueba o, si se habrían incorporado factores objetivos de responsabilidad, tal como se apreciaba en las diversas referencias que obran en los textos citados, pero lo cierto es que a pesar de la égida de la responsabilidad por culpa se comenzaron a abrir nuevas vías para ampliar la Responsabilidad, a pesar de la incomprensión de la propuesta del Dr. Olaechea "Es, pues, evidente que, a pesar del espíritu renovador y combativo del doctor OLAECHEA, el medio jurídico peruano de la época no le permitió introducir a cabalidad en los textos legislativos lo que genial y solitariamente había intuido sobre las necesidades del derecho en esa nueva sociedad ya en ciernes"⁴⁸, con lo que el espíritu jurídico del siglo XIX acompañó durante los próximos años a la legislación civil en materia de RCE.

El proceso económico del país de las décadas siguientes que implicó la implementación de modelos económicos liberales, en algunos casos, y estatistas en otros: la exportación de materias primas e industrialización sustitutiva auspiciada por la CEPAL y los regímenes después de 1950; el acelerado proceso de urbanización y de crecimiento poblacional⁴⁹; así como las relaciones jurídicas que a su amparo de generaron tuvieron como marco jurídico en materia de RCE a las normas aprobadas en el Código de 1936.

Estos cambios, además de los ocurridos durante la década del setenta, bajo el Régimen Militar⁵⁰, que significaron modificaciones sustantivas en el Estado, economía y sociedad y el surgimiento de nuevos actores y espacios políticos, impusieron a inicios de los ochenta una realidad social cualitativamente distinta a la de 1936, brindando la oportunidad para repensar nuevamente en el tema del Derecho Civil.

⁴⁷ Al respecto puede verse: de Trazegnies F. "Ibid. Págs. 91-101; Rey de Castro, Alberto "La Responsabilidad Civil Extracontractual". Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1971. Págs.139-141.

⁴⁸ De Trazegnies, F. Ibid. Pág. 98.

⁴⁹ El proceso social, político y económico del país hasta antes del Golpe de Estado de 1968 es tratado ampliamente en: Cotler, Julio. "Clases, estado y nación en el Perú". Perú Problema 17. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1978. 407 págs.

⁵⁰ Una análisis de la coyuntura previa al golpe de Estado de 1968 nos la ofrece Henry Pease en el prólogo al libro de Rubio, Marcial; Bernal, E. "PERU: CONSTITUCION Y SOCIEDAD POLITICA". DESCO. 1981. Pág. 16. "El complejo proceso político conducido por la Fuerza Armada desde 1968 fue la resultante de la crisis del Estado oligárquico expresa-

III.3.- CODIGO CIVIL DE 1984

Desde la promulgación del Código de 1936, hasta su derogatoria en 1984, transcurrieron 48 años, varios menos de los que estuvo vigente el de 1852, a pesar de lo cual la dinámica de la sociedad ya lo había agotado. Durante esos años el Perú procesó una transformación cualitativa, que tuvo su corolario en el Régimen Militar instaurado entre 1968 – 1978.

A finales de los setenta, cuando se planteó el retorno a la institucionalidad democrática, los militares condicionaron su salida del poder a la incorporación, en la Constitución Política que la Asamblea Constituyente de 1978 estaba preparando, de las principales reformas que ellos habían implementado en el país. Estas exigencias, aunadas a las planteadas por las organizaciones políticas que participaron en dicha Asamblea, le otorgaron a la Constitución Política de 1979 un carácter híbrido.

Al iniciar la década del ochenta, los peruanos ingresábamos, sin imaginárnoslo a la que quizás ha sido una de las etapas más graves de nuestra historia. En 1984, año de la promulgación del Código Civil, José Matos Mar describía la situación del país de la siguiente forma:

da en la década del 60. La sociedad peruana mostraba entonces un orden de dominación en crisis por la insurgencia de nuevas fuerzas sociales, dinamizadas en torno a un lento proceso de modernización puesto en marcha desde las décadas inmediatamente precedentes, remontando la modalidad primario-exportadora de acumulación, dinamizando a los modernos sectores industriales y financieros, operando cambios en las prioridades y en las formas de articulación del capital extranjero dentro de esta sociedad.

Una clase dominante preñada de anacronismos oligárquicos se resiste al cambio político y controla el Estado por la vía de la exclusión: pero en su propio seno –y en dinamizados sectores medios- encuentra variantes de conflicto que en forma recurrente debilitan los mínimos de consenso en el bloque en el poder. La movilización campesina de los años 60, el amplio proceso migratorio y la explosión urbana agrietan el viejo orden político, amenazando su perspectiva futura. Las respuestas reformistas liberales de los años 60 y el ambiguo juego político de los modernizados sectores industriales no lograron imponer sus términos ni ampliar su base de consenso luego de llegar al gobierno con el Presidente Belaunde (1963-1968) y su frustración explica en buena medida el margen de juego que el general Velasco encuentra el 3 de Octubre de 1968.

Entre 1968 y 1973 se produce el auge del reformismo militar. El gobierno del Gral. Velasco resuelve la crisis de la dominación oligárquica, fuerza la recomposición del bloque en el poder al excluir a los agro exportadores, a los gamonales y a la tradicional fracción financiera ligada a éstos. Nacionaliza antiguos enclaves mineros y petroleros así como importantes servicios públicos...”

“Uno de los procesos fundamentales que configuran la situación actual del Perú es la creciente aceleración de una dinámica insólita que afecta toda su estructura social, política, económica y cultural. Se trata de un desborde, en toda dimensión, de las pautas institucionales que encauzaron la sociedad nacional y sobre las cuales giró desde su constitución como República. Esta dinámica procede de la movilización espontánea de los sectores populares que, cuestionando la autoridad del Estado y recurriendo a múltiples estrategias y mecanismos paralelos, están alterando las reglas de juego establecidas y cambiando el rostro del Perú.

El desborde en marcha altera la sociedad, la cultura y la política del país creando incesante y sutilmente, nuevas pautas de conducta, valores, actitudes, normas, creencias y estilos de vida, que se traducen en múltiples y variadas formas de organización -social, económica y educativa- lo cual significa uno de los mayores cambios de toda nuestra historia”⁵¹. Situación similar sería descrita dos años más tarde por Hernando de Soto en su libro “El Otro Sendero”, donde vinculaba la salida de la crisis a la implementación de una política liberal.

La historia del Código de 1984 se inicia en 1965, cuando se instala la Comisión Reformadora, cuya finalidad era, tal como su nombre lo indica, proponer enmiendas al Código Civil de 1936; pero, ante la posibilidad de que el Código perdiera organicidad los miembros de la Comisión optaron por proponer un nuevo Código, cuyo Proyecto fue alcanzado al Presidente del Congreso en 1981⁵².

Luego de la entrega del Proyecto, se instaló la Comisión Revisora que elaboró un nuevo Proyecto de Código Civil sobre la base del alcanzado por la Comisión Reformadora, el mismo que fue remitido al Poder Ejecutivo en julio de 1984 para la respectiva promulgación por parte del Presidente de la República, lo que sucedió el 24 de julio de 1984, entrando en vigencia desde el 14 de noviembre del mismo

⁵¹ Matos Mar, José. “Desborde popular y crisis del Estado”. Perú Problema 21. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1984. Introducción.

⁵² Sobre la evolución de la Comisión Reformadora puede verse: Barreto Quineche, Percy. “Código Civil: ¿reforma parcial o integral?”. En: Diario Oficial “El Peruano”. 04 de Abril de 1995. Pág. B-6.

año. Así, se concluía con 19 años de evaluación del Código Civil de 1936, la más larga de nuestra historia, en la que habían participado los mejores juristas del país⁵³.

El proceso reformador, en materia de RCE, se caracterizó por las marcadas diferencias entre lo propuesto por la Comisión Reformadora y lo planteado, finalmente, por la Comisión Revisora. En la Comisión Reformadora el ponente fue el Dr. Fernando de Trazegnies, quien planteó, sin abandonar el criterio de culpa, la orientación hacia "la distribución social de los riesgos individuales y a propugnar la creación de un seguro obligatorio"; pero la propuesta fue modificada por la Comisión Reformadora incorporando la responsabilidad objetiva.

"El principio general propuesto por Trazegnies y que fue modificado en el Proyecto de la Comisión Reformadora, decía: "Todo aquel que sufra un daño material por acto de otro tiene derecho a ser resarcido dentro de las circunstancias y los límites establecidos por el presente título y por las leyes que se promulguen sobre la materia, salvo que el daño se derive de dolo o culpa inexcusable de la propia víctima". La modificación introducida por la Comisión Reformadora y plasmada en el artículo 2028 del Proyecto, dejó establecido: "Todo aquel que sufra un daño económico por acto de otro tiene derecho a ser resarcido dentro de las circunstancias y los límites establecidos en el presente título y por las leyes que se promulguen sobre la materia", con lo que la modificación no sólo se hacía en el texto sino también en el criterio informante, al sustraerle de la culpa y adoptando el de la responsabilidad objetiva, pero manteniendo el sistema recomendado por Trazegnies"⁵⁴

Por su parte el Dr. Fernando de Trazegnies, refiriéndose a la controversia suscitada con la Comisión Revisora indica que la propuesta de la Comisión Reformadora avanzó respecto a lo expuesto en el Código del 36, por cuanto "planteó la distribución social de los

⁵³ Ver: Basadre Ayulo, Jorge. "El proceso de codificación civil peruano. Apuntes para una historia externa del Código Civil de 1984". En: Instituciones del Derecho Civil Peruano (Visión Histórica) Tomo I. Fundación M. J. Bustamante De La Fuente: Universidad Femenina Sagrado Corazón. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1996. Págs.223-265.

⁵⁴ Vidal R., F. Ibid. Pág. 88.

riesgos como principio de responsabilidad en los casos de accidentes; sin perjuicio de seguir responsabilizando el dolo y la culpa inexcusable en todos los casos, así como manteniendo el principio de la culpa para aquellos daños y perjuicios que no son la consecuencia estadísticamente inevitable del modo de vivir contemporáneo —los accidentes— sino producto de la acción propiamente ilícita de un individuo en particular (la calumnia, la infamia, los perjuicios resultantes de las infracciones a los derechos de la personalidad, etc.)”⁵⁵. Esta propuesta que, según el Dr. de Trazegnies, recogía y desarrollaba lo formulado por el Dr. Olaechea, Savatier y la doctrina norteamericana “fue considerado demasiado “novedoso y revolucionario””⁵⁶, siendo criticada por diversos sectores, en especial por parte de las Compañías de Seguros⁵⁷.

Esta historia relativa a la controversia y modificaciones difiere, en cuanto a la Comisión donde se incorporó el principio de objetividad, entre lo narrado entre el Dr. De Trazegnies y el Dr. Vidal: sin embargo, ambos coinciden en que los cambios sustanciales provinieron de la Comisión Revisora, la que no aceptaba la propuesta alcanzada por la Comisión Reformadora.

“El nuevo articulado presentado por el ponente en la Comisión Revisora sufrió todavía algunos recortes, pero fue conservado en términos generales: por lo que formó parte del Proyecto de la Comisión Revisora publicado en el diario oficial “El Peruano” en febrero de 1984. Sin embargo, entre la publicación de ese Proyecto y la promulgación del Código (es decir, en las escasas semanas que mediaron entre uno y otro evento), la Comisión Revisora decidió dar un nuevo vuelco al articulado, esta vez sin conceder oportunidad al ponente de la Comisión Reformadora para enterarse y dar su opinión. Es así como, al promulgarse el Código, la responsabilidad extracontractual apareció con un articulado sustancialmente diferente al conocido hasta entonces y que otorgaba el lugar prioritario al principio de culpa”⁵⁸. Por su parte del Dr. Fernando Vidal narra el incidente de la forma siguiente: “Ante las críticas al Proyecto de la Comisión Revisora, que ya

⁵⁵ De Trazegnies, F. “La Responsabilidad...” Pág. 109.

⁵⁶ Ibid. Pág. 109.

⁵⁷ Ibid. Pág. 109.

⁵⁸ Ibid. Pág. 111.

estaba sometido al debate nacional, y a las discrepancias que surgidas con la Comisión Reformadora, se decidió por la dirimencia del maestro León Barandiarán, quien propuso la norma que a la postre es el principio general adoptado por el Código Civil en su artículo 1969: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". El sistema subjetivo adoptado lo comparte el Código con el de la responsabilidad por riesgo al que da contenido el artículo 1970 "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa daño a otro, está obligado a repararlo"⁵⁹.

Los términos en que se resolvió la controversia suscitada, añeja en nuestro Derecho Civil, implicó el mantenimiento de la tradición jurídica iniciada en 1852, por cuanto como se podrá apreciar, el artículo 1969 del Código del 84 tiene similitud con el 1136 del Código del 36 y con el 2191 del Código de 1852. En relación con la decisión adoptada respecto al criterio informador de la responsabilidad extracontractual del Código del 84, el Dr. Fernando de Trazegnies mencionaba, finalmente que "Como puede apreciarse, la historia del articulado sobre la responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984 recorre los tres principios más discutidos en el mundo moderno para organizar esta institución: pero los recorre a la inversa del sentido de la historia del Derecho. Mientras que la responsabilidad extracontractual ha ido evolucionando en el mundo del principio de la culpa (teoría subjetiva) al principio del riesgo primero (teoría objetiva) y luego al principio de la difusión social del riesgo, el articulado del Código Civil de 1984 fue organizado primero sobre la base de la difusión social del riesgo, luego se replegó estratégicamente hasta la teoría objetiva y finalmente terminó recluido en el viejo principio de la culpa"⁶⁰. Dejando en manos de los magistrados las posibilidades de desarrollo de la responsabilidad extracontractual, a pesar de la voluntad del legislador.

⁵⁹ Vidal, F. Ibid. Pág. 88.

⁶⁰ De Trazegnies, F. pág. 111

IV.-LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: ENTRE LA MODERNIDAD Y POSTMODERNIDAD DEL DERECHO CIVIL

Los anunciados cambios sociales fueron inevitables. Desde 1980 el país ingresó a la vorágine de la violencia y crisis económica, la misma que puso en duda la viabilidad del Perú como Estado – Nación: al ingresar a la década del noventa, “la precaria autoridad estatal se encontraba cuestionada, los partidos habían perdido representatividad, la sociedad estaba atenazada por el terrorismo y la inflación se había desbocado...la gobernabilidad del país estaba en juego... la inexistencia de un grupo mayoritario que lo respaldara en el Congreso refrendada el aislamiento político de Fujimori y anticipaba una situación de ingobernabilidad....el Presidente electo revirtió esta situación al asumir las perspectivas y los intereses de los militares, los organismos internacionales, los empresarios y los medios de comunicación, lo que le permitió erigirse en eje de una alianza hegemónica. Sobre esta base Fujimori desarrolló una coherente estrategia destinada a “salvar el Estado”, a tal punto que se decidió a quebrar la legalidad constitucional cuando lo consideró necesario”⁶¹. Así, en abril de 1992 el país ingresó nuevamente a un Régimen de Facto, el mismo que contó con amplio apoyo de distintos sectores sociales.

Paralelamente a estos hechos y, desde antes del autogolpe, se comenzó a implementar una política económica de ajuste estructural, la misma que se caracterizaba por liberalizar diversos ámbitos de la economía nacional y de reestructurar el Estado, en la perspectiva de alcanzar la ansiada modernidad y eficiencia. Asimismo, en lo político, se planteó como salida a la crisis la convocatoria a una Asamblea Constituyente que otorgara al país una nueva Constitución Política, acorde con los cambios que se venía realizando y que permitieran la plena realización de una economía de mercado articulada a la dinámica mundial.

Es, en este contexto, luego de consolidada la reforma, en que se comienza a discutir sobre la necesidad de reformar el Código Civil promulgado en 1984, se afirma que “entró en vigencia en el ocaso mundial de los modelos intervencionistas y estatistas, y no se pudo sustraer a sus orígenes. Hoy sus articulados lejos de favorecer al desarrollo de “lo privado” (aquello que es la razón de ser de la legislación civil), aparecen como una curiosa fusión entre un liberalismo

⁶¹ Cotler, Julio. “Política y Sociedad en el Perú. cambios y continuidades”. Instituto de Estudios Peruanos. Lima. 1994. Pág. 200..

artesanal y un intervencionismo socializante, lo que es explicable y entendible por los tiempos que rodearon su promulgación... Un mundo actual requiere que las personas respondamos por toda la extensión de nuestros actos. El paternalismo legislativo sólo ayuda a limitar los beneficios que las partes pueden obtener de la interrelación individual.

Es por eso que no creemos posible una reforma del código basada en retoques a su texto. Los problemas de dicho cuerpo legal se encuentran en las bases mismas sobre las que se redactó. Por ello requiere una reforma total, que parta, sin condicionantes, hacia la aventura de establecer un cuerpo realmente moderno y que responda a las necesidades del país”⁶².

Si el Código en general estaba siendo cuestionado, la RCE no podía sustraerse a dicha crítica. A pesar de que se reconocía que el sistema del Código era casi universal (sistema de culpa, de responsabilidad objetiva y sistema de causalidad) y que, la posibilidad de realización eficiente de la responsabilidad estaba en manos de un Poder Judicial con magistrados idóneos, el mismo Dr. Bullard planteaba las atingencias siguientes: “de acuerdo a la normatividad peruana lo que está privilegiando es claramente la función de desincentivación de accidentes... El Código Civil privilegia la culpa, y la culpa sólo tiene relación con la desincentivación de conductas dañinas, es decir, el establecer un standard de conducta para que la gente se comporte de manera distinta”⁶³. Luego, al referirse a la problemática de la desincentivación de accidentes, los subsidios cruzados y la falta de seguros sociales, con relación al RCE manifiesta que “es un fracaso histórico de nuestro sistema. La cantidad de accidentes, daños y costos sociales que se generan son tremendamente altas y aún no tenemos un elemento claro.

En Alemania existe anualmente un muerto por accidente de tránsito, por cada 3 mil o 4 mil vehículos. Mientras que en el Perú hay uno anual, por cada 200 vehículos... Esa cifra muestra que estamos totalmente desfasados. En otras palabras nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no cumple ninguna función socialmente tutelable. Sino que muy por el contrario acarrea una serie de costos que lo hacen inútil...Creo que se pueden proponer muchas cosas a nivel teórico respecto a los sistemas de seguros obligatorios, respecto de re-

⁶² Bullard G. A. Ibid. Pág. B 11.

⁶³ Bullard, G.,A. “El Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual”. En: Revista de Estudios Privados. Año I. N° 1, 1996. Pág. 33.

conducir las externalidades por el sistema de precios, soluciones que pueden paliar en alguna medida el problema. Pero en el fondo siempre vamos a terminar en el Poder Judicial; porque incluso cuando uno asume un sistema de seguros obligatorios, para ejecutar esos seguros se tiene que ir al Poder Judicial”⁶⁴.

Esta crítica y propuesta, es similar a la que formulara el Dr. de Trazegnies en la Comisión Reformadora del Código de 1936, quizás vaya un poco más allá en la medida que la vincula a la necesidad de contar con un Poder Judicial eficiente. Más el cuestionamiento no podría ser posible, ni viable, si en el país no se hubieran producido cambios tan significativos en los últimos seis años: tampoco estamos ante críticas aisladas, que sólo afecten a la RCE o al Código Civil, sino que al parecer asistimos a un problema de mayor envergadura, donde los aspectos tratados constituyen particularidades desde las cuales se puede apreciar la magnitud de lo que es materia de debate: El Derecho Civil.

Los últimos años han significado, para el Derecho Civil, un período en el que las críticas se han dirigido contra las bases mismas que lo sustentan, el positivismo jurídico hegemónico en las facultades de derecho; ocaso que es vinculado al fin de la modernidad⁶⁵. La alternativa para revitalizar la disciplina jurídica sería articular el Derecho Civil a las Ciencias Sociales⁶⁶, siendo una de

⁶⁴ Bullard, G.A. Ibid. Pág. 35.

⁶⁵ De Trazegnies, F. “El Derecho Civil ante la Post-Modernidad”. En: *Derecho* N° 45. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Diciembre de 1991. Págs. 287-333. “el Derecho Civil aparece como el área menos dinámica del sistema jurídico; aparentemente, el derecho Civil no significa más la modernidad, sino el atraso” (Pág. 303); “El cuestionamiento se dirige al centro mismo del asunto: son los contenidos de la modernidad en sí que están siendo objetados y no solamente una forma u otra de legislar” (Pág. 314).

⁶⁶ De Trazegnies, F. Ibid. El autor, refiriéndose a la crisis y posibilidad en mención indica que: “El problema debe ser planteado en términos de decidir si esa tradición civilista que se origina en Roma, que atraviesa la Edad Media y que se alía con el racionalismo y el individualismo para fundar la modernidad, tiene todavía elementos dinámicos que permitan continuarla a través de la post-modernidad. La alternativa consistiría en decidir que esa tradición agotó definitivamente sus canteras de recursos productivos y es necesario acudir a una tradición distintas para encontrar los materiales de construcción que requiere la post-modernidad jurídica; o incluso, en la quimera de las vanidades, las nuevas generaciones consideran que es necesario reinventar todo desde el origen, liberarse de toda tradición y olvidarse de lo aprendido para comenzar de la nada...una de las condiciones necesarias para cumplir este proceso será liberarse de las ataduras de un positivismo anquilosante que castra su poder creativo... Esto significa que el civilista no puede trabajar ya en una torre de marfil, aislado del mundo y limitado a los instrumentos conceptuales y a la información del Derecho Civil: tiene que abrir ventanas y dialogar con el resto de la sociedad. De ahí que la vinculación con las ciencias sociales sea esencial para la construcción del nuevo Derecho Civil” (Págs. 320-324)

las vías la RCE. En éste sentido la RCE es presentada como la posibilidad que tiene el Derecho Civil para revitalizarse y superar la crisis que lo afecta, la post-modernidad supondrá que "la responsabilidad extracontractual...no podrá ser deducida de abstractos ideales de justicia y de una opción moral de responsabilidad, sino que requerirá incorporar el importante mecanismo de los seguros: tendrá que determinar el tipo de accidentes más frecuentes, tomar en cuenta las transferencias y desplazamientos económicos que se producen en virtud de una u otra forma de reparación, considerar las posibilidades y efectos sociales de erradicación del riesgo...implícitas en las reglas de compensación...La responsabilidad extracontractual no debe sentir que el área de los accidentes más usuales (accidentes de tránsito, de trabajo, etc.) ya no le pertenece o le pertenece sólo marginalmente y supletoriamente - porque, aplicando la teoría de la distribución del riesgo, estos daños han pasado a ser indemnizados por sistemas de seguros obligatorios (públicos o privados). Por el contrario, la responsabilidad del Código Civil no puede limitarse a la culpa y ni aun a la responsabilidad objetiva, sino que debe comprender el seguro, no sólo como respaldo de una responsabilidad previamente determinada por el Derecho Civil, sino también como una institución propia del Derecho Civil: como una forma directa - y no necesariamente ajena a su propia lógica - de hacer frente a la reparación"⁶⁷.

La denominada RCE en una época post-moderna, en realidad no es nueva, si se revisa líneas arriba se podrá apreciar que se trató de aplicar en el Código de 1984 y, hasta en el de 1936, pero al parecer no sólo el país no estaba preparado, sino también las mentes de los juristas de la época que tampoco aceptaban una propuesta semejante. Al estar aún inconcluso el debate sobre la reforma del Código Civil de 1984, y al continuar en marcha el proceso de reforma del Estado y la Economía, siguen vigentes las posibilidades de incorporación de dicha perspectiva. Sólo el tiempo lo dirá.

V.- LA RACIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Al iniciar el presente trabajo nos planteamos la interrogantes respecto a la relación que existe entre Racionalidad Social y RCE en el Perú. En nuestra opinión nunca ha existido una relación plena entre ambas. A nivel teórico se tuvo plena concordancia, se asimilaron corrientes en boga y se ampliaron las posibilidades de responsabilidad, pero el discurso jurídico muchas veces fue ajeno a la realidad de la mayoría de los peruanos. Así mismo se ha podido constatar que estos ciclos codificadores se han vinculado al proceso político - constitucional, la racionalidad

⁶⁷ De Trazegnies, F. Ibid. Págs. 324-326.



política que impulsó la promulgación de las constituciones de 1860, 1933 y 1993 fue percibida por los juristas, traduciéndose en propuestas de cambios a la legislación civil: el problema es que al momento de concretar las propuestas en los articulados pertinentes, siempre volvía el espíritu del pasado, la discusión entre lo tradicional y lo moderno terminó brindando un sistema ecléctico.

Si partimos del hecho de que el rol del Derecho es integrar a una sociedad y, tenemos presente el devenir de la convulsa realidad peruana, así como la hegemonía y limitaciones de la teoría de la culpa, tanto en su versión primigenia como en la denominada "culpa objetiva", llegaremos a la conclusión de que en el país sólo eran pasibles de ejercer su derecho resarcitorio la minoría vinculada a la modernidad y, dentro de este sector, los que tenía posibilidad económica para litigar, aunque fueran mínimas las expectativas de una reparación económica sustanciosa: a lo que se debía de agregar las dificultades de probanza inherentes a la teoría de la culpa.

Hoy se nos propone una RCE vinculada al mercado, que sin desconocer a la teoría de la culpa busca superar sus limitaciones. Es la que llegará con la post-modernidad impulsada por el neoliberalismo. Pero esta propuesta sólo considera la relación entre privados en hechos concretos, como los accidentes; pero la racionalidad neoliberal plantea una nueva relación entre Estado y Ciudadano, entre lo público y lo privado, donde deja al libre albedrío la solución económica, reduciéndose la actividad estatal al sector servicios. ¿Qué sucede con la responsabilidad que tiene el Estado frente al Ciudadano por los servicios que presta?. Esta responsabilidad para que éste acorde con el discurso ideológico debe ser directa, aún en los casos en que el nexo causal se halla quebrado, como sucede en los casos de corrupción de funcionarios⁶⁸.

El tiempo que nos ha tocado vivir es el del fin de la modernidad, el de una etapa de transición, donde no hemos logrado superar el atraso y pobreza lacerante y excluyente. En estas circunstancias el Derecho debe persistir en ser un factor de integración social, por lo que el futuro de la RCE pasa por la incorporación del sistema de seguros obligatorios o la "distribución social del daño", así como de la responsabilidad objetiva. No creemos que ambas sean excluyentes. En el Perú esta responsabilidad ha sido descartada sin haberla aplicado plenamente, consideramos que su tiempo de realización ha llegado.

⁶⁸ Retamozo Linares, Alberto. "Responsabilidad Civil del Estado por Corrupción de Funcionario Público". En: ENLACE 3, Revista de Sociología Jurídica. Lima, 1998. Págs. 181-203.